

Jurisprudentie

Kroniek ondernemingsstrafrecht

Tweede helft 2021

Prof. mr. H.J.B. Sackers (red.), mr. J. Boonstra, mr. dr. S.S. Buisman, mr. A.A. Feenstra, mr. dr. I. Koopmans, mr. V.S.Y. Liem, prof. mr. M. Nelemans, mr. dr. J.S. Nan, mr. dr. E. Sikkema, mr. dr. drs. B. van der Vorm en mr. dr. W.S de Zanger

Inleiding

Prof. mr. H.J. B. Sackers (red.)

De tweede helft van 2021 laat zich niet anders karakteriseren dan als hetgeen over de eerste helft in de vorige kroniek ter inleiding werd gesteld. Los van de gevolgen van extreme wateroverlast in Limburg en de haperende evacuatie van mensen uit Afghanistan, waren het andermaal de maatregelen ter bestrijding van de covid-19-pandemie die grote invloed op het dagelijkse leven hadden. En als het niet de maatregelen zelf waren, dan waren het wel de verstoringen van de openbare orde als gevolg van reltrapperijen zoals die (onder meer) in Rotterdam te zien waren en door de oud-minister van Justitie en Veiligheid als ‘weezinwekkend en misdadig’ werden betiteld. Diezelfde oud-minister kondigde intensivering aan van maatregelen tegen voetbalgerelateerd geweld, urgente maatregelen aangaande de werkwijze van het politieteam Werken Onder Dekmantel,¹ en nader onderzoek over het stelsel van bewaken en beveiligen.² De Onderzoeksraad voor Veiligheid is in dat kader gevraagd om te onderzoeken welke lessen getrokken kunnen worden uit de beveiligingssituaties van de broer, de toenmalig advocaat³ en de vertrouwenspersoon van

de kroongetuige in het Marengo-proces. Aangenomen moet worden dat deze voornemens door de nieuwe minister worden voortgezet. Ondertussen bracht een landelijke wapeninleveractie in oktober 2021 3.300 wapens op. Onder meer werden machetes, vlindermessen en stiletto's, maar ook keukenmessen en zelfgemaakte steekwapens naar de politiebureaus gebracht. De actie was (mede) opgezet om wapenbezit onder jongeren tegen te gaan. In 2022 zal een wetsvoorstel in consultatie gaan om de verkoop van legale messen te verbieden aan minderjarigen.

Van de meest opmerkelijke rechtspraak wordt in de hiernavolgende kroniekrubrieken verslag gedaan. Uitzondering geldt een enkele, niet in die rubrieken thuis te brengen uitspraak die toch het signaleren waard is. Dit betreft bijvoorbeeld een vonnis van de Rotterdamse rechtbank, waarin de rechtbank rekening heeft gehouden met afspraken over de hoogte van de straf die door de officier van justitie en de verdediging zijn gemaakt.⁴ Van andere aard was de streep die de rechter zette door het verkoopverbod van lachgas dat de burgemeester van Veenendaal aan horecaondernemers had opgelegd. Verkoop van lachgas is (op dit moment) niet in strijd met de Opiumwet en de openbare orde in Veenendaal wordt door de verkoop ervan in de horeca niet verstoord.⁵

1 *Kamerbrief* 17 november 2021, kenmerk 3653316, naar aanleiding van het rapport 'Uit zicht' van de Commissie Brouwer.

2 Adviescommissie Toekomstigbestendig stelsel bewaken en beveiligen (Commissie Bos).

3 De twee mannen die verdacht werden van betrokkenheid bij de dood van advocaat Derk Wiersum zijn door de rechtbank Amsterdam schuldig be-

vonden aan het medeplegen van moord en veroordeeld tot een gevangenisstraf van 30 jaar, Rb. Amsterdam 11 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5665-5666.

4 Rb. Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12699. Vergelijkbaar: Rb. Limburg 9 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9266-9270. Zie ook Rb. Den Haag 6 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10955, hierna besproken in de rubriek 'fiscaal strafrecht'.

5 Rb. Midden-Nederland 26 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5766.

Aan het wetgevingsfront heerste in de afgelopen periode een relatieve stilte. Zo zijn een tweetal eerder gesignaleerde wetten (de Wet uitbreiding slachtofferrechten en de Wet geweldsaanwending opsporingsambtenaar) nog niet in werking getreden.⁶ Datzelfde geldt voor de Wet versterking strafrechtelijke aanpak ondermijnende criminaliteit, die in november 2021 in het Staatsblad verscheen.⁷ De wet introduceert een nieuw artikel 138aa Sr, dat strafbaar stelt het wederrechtelijk verblijf op een in een haven, luchthaven of spoorwegemplacement gelegen besloten plaats voor distributie, opslag of overslag van goederen. Voorts is het strafmaximum van bedreiging verhoogd onder meer als deze is gericht tot een minister, staatssecretaris, commissaris van de Koning, gedeputeerde, burgemeester, wethouder, lid van een algemeen vertegenwoordigend orgaan, rechterlijk ambtenaar, advocaat, journalist of publicist in het kader van nieuwsgaring, ambtenaar van politie of buitengewoon opsporingsambtenaar. Het Wetboek van Strafvordering wordt uitgebreid met een regeling voor een onderzoek naar het vermogen van de veroordeelde. Dit onderzoek is gericht op de vaststelling van de omvang van het vermogen van een veroordeelde waarop verhaal kan worden genomen ten behoeve van de tenuitvoerlegging van een geldboete, van de ontnemings- of schadevergoedingsmaatregel. Ten slotte wijzigt de wet de Wet voorkoming misbruik chemicaliën, en voert in de Opiumwet, de Wet wapens en munitie en de Wet op de economische delicten een nieuwe maatregel in: de 'maatregel kostenverhaal'. Van verschillende wetsvoorstellen is de behandeling nog gaande. Zonder volledigheid zijn te noemen de regeling meerdaadse samenloop, het wetsvoorstel strafbaarstelling verblijf in door terroristische organisatie gecontroleerd gebied, het taakstrafverbod bij geweld tegen functionarissen met een publieke taak, de Innovatiewet Strafvordering en het wetsvoorstel aanpak dieren mishandeling en dierverwaarlozing. Een conceptwetsvoorstel dat zijn schaduw vooruitwerpt is het Wetsvoorstel Versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II. Het strekt tot het tot stand brengen van een nieuwe wet 'Confiscatie criminele goederen' ter versterking van de aanpak van ondermijnende en georganiseerde criminaliteit. De wijzigingsvoorstellen hebben betrekking op het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht, de Opiumwet, de Algemene wet bestuursrecht, de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme en de Wet op de economi-

sche delicten. Het in verschillende eerdere kroniekbrieven genoemde conceptwetsvoorstel strekkende tot de invoering van een rechterlijke toets voor hoge transacties en ontnemingschikkingen, heeft de Tweede Kamer nog niet bereikt. Dit betreft ook het conceptwetsvoorstel inzake de strafbaarstelling van het gebruik van persoonsgegevens voor intimiderende doeleinden (*doxing*). Bij *doxing* gaat het om het verschaffen of verspreiden van identificerende persoonsgegevens om een ander vrees aan te jagen of aan te doen jagen. Hoewel *doxing* vooraf kan gaan aan gedragingen die reeds strafbaar zijn, is *doxing* op dit moment niet strafbaar.

Ten slotte zij vermeld dat de Raad van State (nog) buigende is over de adviesverzoeken aangaande het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Vaststellingswet Boeken 1 tot en met 6), en de voorgenomen wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het verbeteren van de bestrijding van heling, witwassen en de daaraan ten grondslag liggende vermogensdelicten.

Wat valt in (ondernemings)strafrechtelijk opzicht nog meer te vertellen over de tweede helft van 2021? Genoeg, zo valt in de hieronder volgende deelrubrieken te lezen.⁸ De veelzijdigheid aan strafrechtsgebieden die het ondernemingsstrafrecht kleurt dwingt bij het aanbieden van de kroniek over de tweede helft van 2021 tot keuzen. Die betreffen de rechtsgebieden waarvan hierna verslag wordt gedaan met de meest relevante ontwikkelingen op het gebied van rechtspraak, wet- en regelgeving. Ondertussen dient de in het ondernemingsstrafrecht geïnteresseerde lezer zich ervan bewust te worden gemaakt dat deze kroniek enerzijds geen verdere reikwijdte heeft dan de periode die zij beslaat, en anderzijds dat zich ook elders in het strafrecht ontwikkelingen hebben voorgedaan waarvan het signaleren hier niet zou hebben misstaan, doch waartoe andere bronnen beschikbaar zijn.⁹

Fiscaal strafrecht

Verzorgd door *mr. A.A. Feenstra*

Rb. Rotterdam 11 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8324

Aan de verdachte was onder meer ten laste gelegd dat hij de aangifte inkomstenbelasting over het jaar 2015 opzettelijk onjuist en/of onvolledig heeft ingediend. Namens de verdachte is een opzetverweer gevoerd dat door de rechtbank is gevolgd. Daartoe overwoog zij dat uit getuigenverklaringen in verband met een door de verdading verstrekte brief en een e-mailbericht van de officier van justitie volgt dat de verdachte voorafgaand aan het indienen van de betreffende aangifte inkomstenbelasting had gesproken met twee medewerkers van de

6 Wet van 21 april 2021 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht in verband met de nadere versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, *Stb.* 2021, 220; Wet van 12 mei 2021 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het opnemen van een specifieke strafuitsluitingsgrond voor opsporingsambtenaren die geweld hebben gebruikt in de rechtmatige uitoefening van hun taak en een strafbaarstelling van schending van de geweldsinstructie en wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met het opnemen van een grondslag voor het doen van strafrechtelijk onderzoek naar geweldgebruik door opsporingsambtenaren, *Stb.* 2021, 233.

7 Wet van 4 november 2021 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met versterking van de strafrechtelijke aanpak van ondermijnende criminaliteit, *Stb.* 2021, 544.

8 De deelrubriek 'cybercrime' wordt in de volgende kroniek hervat.

9 Bijvoorbeeld: S.M.A. Lestrade, 'Kroniek van het straf(proces)recht', in: 'De staat van het recht', *NJB* 2020/35, p. 2877-2886.

Belastingdienst. Uit de brief die is verstuurd namens de inspecteur blijkt dat de bewuste aangifte van de verdachte in overleg met de Belastingdienst op deze wijze is ingediend. Uit de context van deze brief leidt de rechtbank af dat de afspraak kennelijk ertoe strekte dat de Belastingdienst de correcties op de aangifte na indiening zou aanbrengen door middel van navordering. Onder die omstandigheden kan niet worden gesproken van opzet tot het indienen van een onjuiste aangifte tijdens de verdachte. De vraag of een veroordeling zou kunnen volgen voor een niet-opzetvariant (artikel 68 lid 1 sub a AWR) beantwoordde de rechtbank ontkennend, aangezien voor overtredingen geldt dat het recht tot strafvordering vervalt door verjaring in drie jaren (artikel 70 lid 1, sub 1° Sr). Overigens heeft de verdachte de overige feiten die waren ten laste gelegd bekend en dat resulteerde in een taakstraf van 180 uur.

Rb. Rotterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8189

De verdediging had in deze zaak vrijspraak bepleit van het onder 1 primair ten laste gelegde. Dat deel van de tenlastelegging was door de officier van justitie kennelijk bedoeld als te zijn toegesneden op artikel 68, eerste lid aanhef en onder c AWR. Daarin is strafbaar gesteld – kort gezegd – het ter beschikking stellen van valse of vervalste stukken aan de Belastingdienst. De feitelijke toelichting van dat verwijt hield evenwel in dat de administratie die is overgelegd niet compleet was, in die zin dat de facturen waarop de privérekening van de verdachte stond vermeld niet zijn overgelegd. Dit wordt door de verdediging niet betwist. Dat is echter niet wat in sub c strafbaar is gesteld. Daarin is namelijk strafbaar gesteld het voor raadpleging beschikbaar stellen van boeken, bescheiden, andere gegevensdragers of de inhoud daarvan en deze in valse of vervalste vorm voor dit doel beschikbaar stellen. De rechtbank zag in het voorgaande evenwel geen aanleiding om tot de bepleite vrijspraak te oordelen. Overwogen wordt dat de rechter niet gebonden is aan de keuze van het Openbaar Ministerie (OM) voor de toepasselijke delictomschrijving zoals die wordt weergegeven op de dagvaarding. Omdat op grond van het procesdossier wel wettig en overtuigend kon worden bewezen dat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan het niet beschikbaar stellen van de facturen waarop de privérekening van de verdachte stond vermeld, komt de rechtbank aldus tot een bewezenverklaring van artikel 68, eerste lid aanhef en onder b AWR. Ook met deze interpretatie van de tenlastelegging omvat deze alle benodigde delictsbestanddelen die noodzakelijk zijn om te komen tot een veroordeling.

HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1351

Met een overweging ten overvloede geeft de Belastingkamer van de Hoge Raad een oordeel over de suppletieplicht in relatie tot het nemo tenetur-beginsel. De suppletieplicht is gebaseerd op artikel 10a AWR, een fiscale informatieverplichting uit eigen beweging. Zodra een belastingplichtige constateert dat hij een aangifte omzetbelasting in de afgelopen vijf kalenderjaren onjuist

of onvolledig heeft gedaan en te weinig belasting is betaald, dan is hij op grond van artikel 15, lid 1, van het Uitvoeringsbesluit gehouden alsnog de juiste en volledige inlichtingen, gegevens of aanwijzingen te verstrekken door middel van een suppletie. Indien niet of niet tijdig, of niet op de door de inspecteur aangegeven wijze een suppletie wordt gedaan, dan wordt dit aangemerkt als een overtreding. In geval van opzet of grove schuld kan daarvoor op grond van artikel 10a, lid 3, AWR een boete worden opgelegd. In zaken waarin geen gevolg is gegeven aan deze suppletieplicht, wordt vaak het verweer gevoerd dat een belastingplichtige niet mag worden verplicht om de inspecteur te wijzen op een (opzettelijk) onjuiste aangifte. Dat zou in strijd zijn met het nemo tenetur-beginsel. De Hoge Raad erkent deze mogelijkheid, maar oordeelt op basis van het EHRM-arrest in de zaak Allen dat dit beginsel niet in de weg staat aan een verplichting om informatie te verstrekken ten behoeve van de juiste belastingheffing. De boete ex artikel 10a, lid 3, AWR is derhalve niet in strijd met het nemo tenetur-beginsel. Voor de belastingplichtige in kwestie wordt het cassatieberoep ongegrond verklaard. Maar, daarmee is de kous niet af. De Hoge Raad oordeelt dat de informatie die is verstrekt niet kan worden gebruikt voor het bewijs dat de belastingplichtige ter zake van zijn eerdere ontoereikende betaling op aangifte een beboetbaar of strafbaar feit heeft begaan. De informatie die wordt verstrekt op basis van de suppletieverplichting moet worden aangemerkt als informatie die van de wil afhankelijk is. De Hoge Raad benadrukt dat zelfs als die verklaring is gebaseerd op facturen en andere documenten afkomstig uit de administratie, de suppletie van de wil afhankelijk is. Die in artikel 10a AWR verplicht gestelde mededeling mag dus niet worden gebruikt voor het bewijs dat die belastingplichtige een beboetbaar of strafbaar feit heeft begaan. Voor de dagelijkse fiscale praktijk zal dit arrest een welkom antwoord zijn op de prangende vraag of de suppletieplicht in stand kan blijven. Voor het overige roept dit arrest meer vragen op. Een van de prangende vragen is of de inspecteur naar aanleiding van de informatie uit de suppletie alsnog een onderzoek mag starten. Of moet worden geconcludeerd dat ook dit niet mogelijk is? De inspecteur had namelijk vóór de suppletie geen enkele aanleiding om een onderzoek te starten. Daarnaast is de vraag of de lijn van deze uitspraak van de Hoge Raad ook kan worden doorgetrokken naar andere meldplichten, zoals die uit de Wwft of in relatie tot grensoverschrijdende constructies (DAC6)?

Rb. Den Haag 6 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10955

In 2010 is de FIOD gestart met een onderzoek naar belastingfraude bij de handel in emissierechten. Dit onderzoek resulteerde uiteindelijk in een dagvaarding van de verdachte om zich in mei 2018 te verantwoorden voor de rechter. De verdachte werd door de rechtbank bij verstek veroordeeld tot een gevangenisstraf van acht jaren en stelde tegen dit vonnis hoger beroep in. De verdachte werd in april 2019 in Zwitserland aangehouden en uit-

geleverd aan Nederland. Tijdens de behandeling in hoger beroep bepleitte de verdediging dat de dagvaarding in eerste aanleg nietig diende te worden verklaard en de zaak daarom moest worden teruggewezen naar de rechtbank. Het hof was het hiermee eens. De zaak kwam vervolgens in februari 2020 weer bij de rechtbank en werd bij die gelegenheid geschorst en verwezen naar de rechter-commissaris. In augustus 2020 wordt bekend dat het OM en de verdediging de strafrechtelijke procedure tegen de verdachte wensen te beëindigen en er wordt een procedurevoorstel voorgelegd aan de rechter-commissaris.

De rechter-commissaris deelt het OM en de verdediging mee aan deze voorgestelde stappen zijn medewerking te zullen verlenen. Eind 2020 volgt evenwel de mededeling van de officier van justitie aan de verdediging dat hij een voorstel voor een afdoeningsovereenkomst intrekt omdat voortschrijdend inzicht heeft geleid tot de slotsom dat deze experimentele wijze van afdoening niet haalbaar is en niet wenselijk is. Als de zaak vervolgens weer op zitting wordt aangebracht, bepleit de verdediging bij preliminair verweer de niet-ontvankelijkheid van het OM wegens strijd met de beginselen van een goede procesorde. De officier van justitie betreft (verrassend genoeg) het standpunt dat het wegens opgewekt vertrouwen het OM niet meer vrij stond om medewerking aan de afdoeningsovereenkomst in te trekken. Volgens de officier van justitie komt het voorts erop neer dat, indien de rechtbank oordeelt dat het OM en de verdediging alles afwegend een redelijk acceptabel einde van deze strafzaak hebben vastgelegd in de concept afdoeningsovereenkomst en vervolgens vaststelt dat het OM gebonden is aan gerechtvaardigd gewekt vertrouwen, dit betekent dat het OM medewerking moet verlenen aan het afdoeningsvoorstel.

De rechtbank gaat uitvoerig in op het opportuniteitsbeginsel en de beginselen van een goede procesorde, het vertrouwensbeginsel en het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging. Volgens de rechtbank heeft de officier van justitie zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat met voortzetting van de vervolging thans niet langer enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kan zijn. De rechtbank noemt hierbij expliciet de factoren die zij bij deze afweging heeft meegewogen: het uitzonderlijke procesverloop in deze zaak, waarbij reeds (ten onrechte en bij verstek) een openbare behandeling van de strafzaak heeft plaatsgevonden, de ouderdom van de ten laste gelegde feiten, de overschrijding van de redelijke termijn, de nog te verwachten duur van de berechting en de duur van de reeds door de verdachte ondergane detentie. Verder wijst de rechtbank nog op de schrijnende gezondheidstoestand van de verdachte, de omstandigheid dat de verdachte het overeengekomen bedrag van € 995.000 heeft overgemaakt en het gegeven dat de gemachtigd raadsman ter terechtzitting van 6 oktober 2021 namens de verdachte te kennen heeft gegeven dat de verdachte berust in de ondergane detentie ingeval de

zaak eindigt in niet-ontvankelijkverklaring en alsdan geen schadevergoeding zal eisen. De eindconclusie van de rechtbank is dan ook dat het voortzetten van de vervolging van de verdachte onverenigbaar is met de beginselen van een goede procesorde. Een bijzondere uitspraak waarin de rechtbank geen inhoudelijk oordeel geeft over de afdoeningsovereenkomst, maar op basis van de beginselen van een goede procesorde alsnog tot een einde van deze strafzaak oordeelt.

HR 23 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1703

Het OM heeft cassatie ingesteld tegen het oordeel van het hof dat de officier van justitie niet-ontvankelijk moet worden verklaard op grond van artikel 74 AWR ten aanzien van de ontnemingsvordering. Kennelijk meent het OM dat sprake zou zijn van vervolgprijs, waarop artikel 74 AWR weer niet van toepassing is. De Hoge Raad oordeelt dat artikel 74 AWR beoogt te voorkomen dat aan een betrokkene een ontnemingsmaatregel wordt opgelegd met betrekking tot de opbrengst van een bij de belastingwet strafbaar gesteld feit. Deze uit artikel 74 AWR voortvloeiende beperking houdt ermee verband, zo volgt uit de wetsgeschiedenis, dat de overheid beschikt over een eigen instrumentarium om uit de belastingwet voortvloeiende schulden in te vorderen, om zo het nadeel dat de overheid lijdt als gevolg van het bij de belastingwet strafbaar gestelde feit ongedaan te maken. Gelet hierop staat artikel 74 AWR in de weg aan de oplegging van een ontnemingsmaatregel voor zover deze betrekking heeft op het wederrechtelijk verkregen voordeel dat correspondeert met het belastingnadeel, dat wil zeggen de belastingschuld die met het begaan van een bij de belastingwet strafbaar gesteld feit is ontweken. Artikel 74 AWR vormt geen belemmering voor de oplegging van een ontnemingsmaatregel als het gaat om wederrechtelijk verkregen voordeel dat op een andere wijze samenhangt met het begaan van een bij de belastingwet strafbaar gesteld feit. Het kan dan onder meer gaan om het voordeel dat is behaald als gevolg van het gebruik van een aan de belastingheffing onttrokken vermogensbestanddeel. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als witwasgedragingen worden verricht met betrekking tot een aan de belastingheffing onttrokken vermogensbestanddeel, en die gedragingen tot een vermogensvermeerdering hebben geleid. In het kader van de niet-ontvankelijkheid heeft het hof overwogen dat de verdachte over de herkomst van het vermogen heeft verklaard dat dit afkomstig is uit loodgieterswerkzaamheden en rente-inkomsten uit leningen, die hij niet aan de belastingdienst heeft opgegeven. Daarnaast concludeert het hof dat geen aanwijzing bestaat dat de in de strafzaak bewezen verklaarde feiten de betrokkene wederrechtelijk voordeel hebben opgeleverd en dat daarom ervan uit moet worden gegaan dat de contante gelden waarvoor geen legale bron is gebleken, zijn voortgevloeid uit delicten die bij de belastingwet strafbaar zijn gesteld. Het cassatiemiddel keert zich tegen deze motivering, maar de Hoge Raad oordeelt dat dit met feitelijke waarderingen samenhangende oordeel echter niet onbegrijpelijk is. Het cassatieberoep wordt verworpen. Er

ligt dus een taak voor verdediging, OM en/of de rechter in de strafzaak zelf om op dit thema te anticiperen. Laat onverlet dat de samenloop tussen witwassen, ontneeming en de fiscaliteit een zeer ongelukkige blijft.

Financieel strafrecht

Verzorgd door mr. V.S.Y. Liem en prof. mr. M. Nelemans¹⁰

In deze kroniekrubriek worden achtereenvolgens de recente ontwikkelingen van het afgelopen half jaar op het gebied van het financieel strafrecht besproken: fraude in het digitale domein en digitale weerbaarheid; het voorkomen van witwassen; witwassen en crypto, toezicht en handhaving; hoge transacties; en ontneming wederrechtelijk verkregen vermogen.

Fraude in het digitale domein en digitale weerbaarheid

In de vorige edities van deze rubriek werd reeds gewezen op de toename van gedigitaliseerde criminaliteit, zoals online fraude en de complexiteit van (de aanpak van) dergelijke vormen van fraude.¹¹ Deze verschuiving naar gedigitaliseerde criminaliteit kreeg een extra impuls met de uitbraak van covid-19 in 2020.¹² De coronacrisis blijft een significante impact hebben op fraude in het digitale domein. Dit volgt onder meer uit het recentelijk gepubliceerde Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA) 2021 van Europol. Daarin wordt opnieuw de toename van cyberdreigingen door covid-19 en de versnelde digitalisering onderstreept.¹³

Op 8 oktober 2021 presenteerde de minister van Justitie en Veiligheid de door het OM opgestelde Fraudemonitor 2019-2020 aan de Tweede Kamer.¹⁴ Gelet op de stijging van online criminaliteit heeft de minister het OM verzocht ook in 2022 verder in te zetten op de aanpak van digitale fraude. Naast het reeds ingezette beleid ten aanzien van online fraude, zal ingezet worden op de al eerder aangekondigde publiek-private samenwerking tussen de overheid en de Nederlandse Vereniging van Banken, Betaalvereniging Nederland en de Vereniging van telecoaanbieders (COIN) om samen te werken in gerichte acties en de integrale aanpak effectief vorm te geven.¹⁵

Parallel hieraan is er blijvende aandacht voor het vergroten van digitale alertheid- en weerbaarheid, onder meer door het versterken van samenwerking tussen toe-

zichhouders en tussen autoriteiten (zie hierna). Daarnaast heeft het Comité van Ministers van de Raad van Europa onlangs een Tweede Aanvullend Protocol bij het Verdrag van Boedapest inzake cybercriminaliteit aangenomen.¹⁶ Mede gelet op het grensoverschrijdende karakter van cybercriminaliteit voorziet het tweede aanvullend protocol bij het verdrag in een grondslag voor directe samenwerking tussen de strafrechtelijke autoriteiten onderling en tussen de bevoegde autoriteiten en serviceproviders.¹⁷ Daarnaast beoogt het tweede aanvullend protocol het verzamelen van elektronisch bewijsmateriaal en de openbaarmaking daarvan te versterken zodat de bevoegde autoriteiten op basis hiervan rechtstreeks om informatie over internetdomeinnaamregistraties en abonnee-informatie kunnen verzoeken bij entiteiten en service providers in een andere aangesloten staat.¹⁸

Voorkomen van witwassen

Op het gebied van het voorkomen van witwassen en financieren van terrorisme hebben zich enkele wetswijzigingen voorgedaan. Sinds 1 oktober 2021 is de markt voor kansspelen geopend en vallen aanbieders van kansspelen op afstand onder de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren terrorisme (Wwft).¹⁹ De subjectieve en objectieve meldindicatoren zijn te vinden op de website van de Financial Intelligence Unit Nederland (FIU-NL).²⁰ Zo moeten aanbieders van kansspelen in ieder geval een melding maken wanneer sprake is van een girale betalingstransactie voor een bedrag van € 15.000 of meer.²¹

De vorige editie van deze rubriek berichtte over het wetsvoorstel Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van trusts en soortgelijke juridische constructies. Dit wetsvoorstel is 16 december 2021 gepubliceerd.²² Zoals al eerder werd opgemerkt wordt met dit wetsvoorstel een algemene verplichting geïntroduceerd om informatie over trusts en andere soortgelijke constructies – en de UBO's daarvan – in te winnen, bij te houden en te registreren in het trustregister, op straffe van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties.²³ De inwerkingtreding wordt nader bepaald bij Koninklijk Besluit.

10 Met dank aan mr. J.S. Boeser, advocaat bij Van Doorne.

11 H.J.B. Sackers, 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2021', *TBS&H* 2021/4, p. 275-276.

12 Ibid.

13 Europol, 'Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA) 2021', Publications Office of the European Union, Luxembourg 2021, te raadplegen via: www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/internet_organised_crime_threat_assessment_iocta_2021.pdf (IOCTA 2021).

14 Brief van de minister van Justitie en Veiligheid, 'Aanbiedingsbrief OM Fraudemonitor 2019-2020', d.d. 8 oktober 2021.

15 Ibid., p. 2.

16 Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced co-operation and disclosure of electronic evidence. Explanatory Report, Council of Europe, CM (2021)57-addfinal, te raadplegen via: https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=0900001680a48e4b.

17 Ibid.

18 Ibid.

19 Artikel 1a lid 4 onder n Wwft; zie ook www.fiu-nederland.nl/nl/nieuwemeldergroep-onder-de-wwft.

20 www.fiu-nederland.nl/nl/nieuwemeldergroep-onder-de-wwft.

21 Ibid.

22 Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van trusts en soortgelijke juridische constructies (*Stb.* 2021, 610).

23 Zie hiervoor weer onze vorige bijdrage aan de kroniek in H.J.B. Sackers (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2021', *TBS&H* 2021/4, p. 277.

Op 16 november 2021 is het conceptwetsvoorstel strafrechtelijke ondermijning II in consultatie gegaan.²⁴ Dit wetsvoorstel regelt onder meer het tijdelijk aanhouden van de uitvoering van een financiële transactie, bijvoorbeeld een girale overschrijving.²⁵ Op verzoek van de FIU kan een transactie tijdelijk worden aangehouden ('bevroren') door de bank om meer duidelijkheid te verkrijgen over de achtergrond van de transactie en een mogelijk verband met witwassen, terrorismefinanciering en onderliggende basisdelicten.²⁶ Op dit moment doen banken dit op eigen risico en kunnen zij daarvoor aangesproken worden door de cliënt.²⁷ Financial Intelligence Units (FIU's) in andere lidstaten, zoals België, Duitsland en Luxemburg, beschikten al over een dergelijke bevoegdheid en Nederlandse opsporingsdiensten maakten al in toenemende mate gebruik van deze bevoegdheid van de FIU's. De spoedbevoegdheid vormt een aanvulling op het strafvorderlijk beslag van het OM. Hiertoe wordt een nieuw artikel 17a opgenomen in de Wwft.²⁸

Per 1 november 2021 is de herziene Richtlijn voor strafvordering witwassen in werking getreden.²⁹ Daarin zijn enkele wijzingen doorgevoerd waaronder een verhoging van de strafmaten voor de tweede en derde categorieën verdachten en is de lijst met bijzonderheden aangevuld met onder andere eenvoudig opzet- en schuldwitwassen en kwalificatie van de 'partner van' als verdachte. Ook is expliciet als bijzonderheid opgenomen dat het vorderen van een geldboete in sommige gevallen passend kan zijn in aanvulling op het vorderen van een gevangenisstraf of taakstraf. In aanvulling op de drie categorieën verdachten kan eveneens rekening worden gehouden met een aantal opgesomde strafvermeerderende en/of strafverminderende factoren.

Op 27 oktober 2021 heeft de AFM het rapport 'Poortwachters geportretteerd' gepubliceerd inzake de naleving van de Wwft en de sanctie wet- en regelgeving door beheerders van beleggingsinstellingen.³⁰ In voorgaande jaren bleek de naleving van de Wwft door beheerders van beleggingsinstellingen nog onvoldoende op orde te zijn.³¹ Uit het rapport volgt dat de beheerders de nodige verbeteringen hebben doorgevoerd. Het overgrote deel van de beheerders heeft beleid om risico's op witwassen en terrorismefinanciering tegen te gaan. Toch constateert de AFM nog steeds gebreken, met name op het

gebied van het monitoren en het melden van ongebruikelijke transacties. Zo stelt bijna de helft van de beheerders geen verwacht transactieprofiel op van hun cliënten. Ook de melding van ongebruikelijke transacties bij de FIU-NL wordt onvoldoende nageleefd. Hoewel zo'n 94% in actie komt naar aanleiding van alerts die naar voren komen uit de transactiemonitoring, wordt in veel minder gevallen daadwerkelijk een melding gedaan bij de FIU-NL.³²

De betekenis van de trustsector in Nederland was en is nog steeds onderwerp van discussie. Aanleiding vormde eerdere integriteitsrisico's en misstanden in de trustsector, zoals de Panama Papers en Paradise Papers, gevolgd door het Rapport van SEO Economisch Onderzoek over illegale trustdienstverlening. Bij brief van 8 juli 2021 presenteerde de minister van Financiën de bevindingen uit voornoemd rapport aan de Tweede Kamer.³³ Volgens de minister laten de eerste schattingen zien 'dat het mogelijk aandeel illegaliteit in de trustsector substantieel is'.³⁴ Als gevolg van de uitkomsten van het rapport, heeft de minister naast een aantal maatregelen een onderzoek aangekondigd naar de toekomst van de trustsector. De minister sluit een algeheel verbod op trustkantoren daarbij niet uit. Inmiddels heeft de minister bij brief van 10 november 2021 de Tweede Kamer geïnformeerd over de planning van het onderzoek. In breder verband zal worden onderzocht of de integriteit bij trustdienstverlening in Nederland voldoende te waarborgen is. Verwacht wordt dat het onderzoek in de zomer van 2022 opgeleverd wordt.³⁵

Witwassen en crypto

Onlangs legden de FIOD en het OM bij tientallen verdachten beslag op ruim € 25 miljoen aan cryptovaluta, zoals bitcoin en ethereum, in een grootschalig witwasonderzoek.³⁶ Bij het leggen van beslag hebben diverse crypto-exchanges in binnen- én buitenland medewerking verleend aan de FIOD en het OM. Eerder werden in een cybercrime-onderzoek meerdere verdachten aangehouden voor betrokkenheid bij het witwassen van ongeveer € 75.000 aan cryptovaluta.³⁷ De verdachten zouden zich op grote schaal bezig hebben gehouden met helpdeskfraude, simkaartswapping, het verkopen van betaalfraudepanels en witwassen. De ongeveer € 75.000 aan cryptovaluta zou afkomstig zijn uit de helpdeskfraude. Dat bedrag werd vervolgens weggesluisd.³⁸ Op 19 januari 2022 zal de rechtbank uitspraak doen in de strafzaak tegen een persoon die ervan wordt verdacht

24 Conceptwetsvoorstel Versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II van 16 november 2021 (online publiek).

25 Concept memorie van toelichting Versterking aanpak ondermijnende criminaliteit II van 16 november 2021, p. 63-65 (online publiek).

26 Ibid.

27 Ibid., p. 64.

28 Ibid.

29 Richtlijn voor strafvordering witwassen, *Stcrt.* 2021, 44192, te raadplegen via <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2021-44192.html>.

30 *Poortwachters geportretteerd. Hoe beheerders van beleggingsinstellingen de Wwft en de Sanctiewet naleven*, AFM (versie 27 oktober 2021), te raadplegen via <https://afm.nl/nl-nl/nieuws/2021/oktober/poortwachters-geportretteerd>.

31 Zie bijvoorbeeld het nieuwsbericht van de AFM: 'Onvoldoende kennis bij beleggingsondernemingen over vereisten om witwassen en terrorismefinanciering tegen te gaan', AFM 17 december 2018.

32 *Poortwachters geportretteerd. Hoe beheerders van beleggingsinstellingen de Wwft en de Sanctiewet naleven*, AFM (versie 27 oktober 2021), p. 2.

33 Brief van de minister van Financiën, 'Rapport van SEO Economisch Onderzoek over illegale trustdienstverlening', d.d. 8 juli 2021.

34 Ibid., p. 4.

35 Kamerbrief van de minister van Financiën, 'Planning onderzoek naar de toekomst van de trustsector', d.d. 10 november 2021.

36 'FIOD en OM leggen beslag op meer dan 25 miljoen euro aan cryptovaluta in witwasonderzoek', OM.nl 8 november 2021.

37 'Twee medeverdachten grote cybercrime-zaak Noord-Nederland aangehouden vanwege betrokkenheid witwassen cryptovaluta', OM.nl 27 augustus 2021.

38 Ibid.

als bitcoinhandelaar van 2013 tot 2020 voor ongeveer € 530.000 aan bitcoins te hebben witgewassen in Nederland en Spanje.³⁹ Daarbij bood de verdachte aan de bitcoins contant uit te betalen in plaats van giraal en andersom. De verdachte hanteerde een ongebruikelijk hoge commissie van gemiddeld vijf procent en adverteerde met ‘gegarandeerde anonimiteit’ op bitcoingerelateerde platforms. Bij legitieme bitcoinexchanges is de commissie ongeveer 0,25 procent. Tegen de verdachte is 24 maanden onvoorwaardelijke gevangenisstraf geëist.⁴⁰ In oktober veroordeelde de rechtbank Noord-Holland twee verdachten tot drie en vier jaar gevangenisstraf wegens internationale beleggingsfraude met cryptovaluta (*forex trading*) en het witwassen van de opbrengsten.⁴¹ Door middel van valse claims en beloftes werd een internationale groep van beleggers ertoe bewogen aanzienlijke geldbedragen in te leggen in de handel en valuta, terwijl de verdachten daarvoor al heimelijke afspraken hadden gemaakt dat zij alleen maar verlies konden lijden. Daartoe organiseerden de verdachten een zogenoemde ‘D-day’ of ‘losing day’, waarbij de verdachten zich voordeden als wederpartij van de klanten waarvoor zij handelden, en zo lang door bleven handelen totdat er grote verliezen ontstonden.⁴² De gelden werden weggesluisd door middel van een serie van transacties langs een netwerk van internationale vennootschappen. Deze transacties werden verricht op basis van onderliggende, ‘ogenschijnlijk bonafide’ overeenkomsten.⁴³

De rechtbank Amsterdam veroordeelde in november 2021 meerdere verdachten voor beleggingsfraude met cryptovaluta. De verdachten hebben zo’n 140 investeerders opgelicht. In totaal was ruim € 5,6 miljoen ingelegd.⁴⁴ Hier deden de verdachten alsof zij ervaren *day-traders* met crypto’s waren, waarbij de suggestie werd gewerkt dat er rendementen werden gegenereerd oplopend tot wel 1 procent per dag. Van slechts een fractie van de ingelegde gelden werden daadwerkelijk cryptovaluta aangekocht.⁴⁵ De verdachten verzonden zelf hun rendementen. Deze werden betaald uit de inleggelden van de investeerders.⁴⁶ Via een serie overboekingen naar privérekeningen en rekeningen van derden werden bedragen witgewassen.

Toezicht en handhaving

Op het gebied van toezicht en handhaving wijzen wij op een aantal recentelijke ontwikkelingen ten aanzien van (1) de toezichtplannen van DNB en de AFM; en (2) de nieuwe richtsnoeren EBA ten aanzien van beleidsbepalers, en (3) het cryptobeleid NL/EU.

39 ‘Celstraf geëist voor illegale bitcoinhandelaar’, OM.nl 17 december 2021.

40 Ibid.

41 Rb. Noord-Holland 28 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:9535.

42 Ibid., onder meer r.o. 3.3.1.

43 Ibid., r.o. 6.3.

44 Rb. Amsterdam 15 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6518 en 6566.

45 Ibid., r.o. 3.4.1 en 7.3.

46 Ibid.

• Toezichtplannen DNB en AFM

DNB heeft in december 2021 haar toezichtplannen voor 2022 gepubliceerd. Dit jaar zet DNB zich verder in op de speerpunten zoals geformuleerd in haar *Visie op Toezicht 2021-2024 en Toezicht in beeld*, te weten (1) inspelen op technologische vernieuwing, (2) sturen op duurzaamheid en toekomstgerichtheid, en (3) het bestrijden van financieel-economische criminaliteit.⁴⁷ Toezicht op het voorkomen en bestrijden van financieel-economische criminaliteit blijft topprioriteit bij DNB onder het devies *méér, slimmer én internationaler bestrijden*.⁴⁸ Hoewel instellingen de nodige inspanningen hebben getroffen, merkt DNB op dat de invulling van de poortwachtersrol nog onvoldoende effectief wordt ingevuld. Specifieke aandacht gaat daarbij uit naar de rol van banken. Deze categorie instellingen geeft volgens DNB nog onvoldoende invulling aan haar poortwachtersrol.⁴⁹ DNB is voornemens met name in te zetten op (1) een intensievere toezichtaanpak; (2) toepassing van slimmere methodes, zoals het benutten van moderne technieken bij de identificatie en beheersing van risico’s en meer kennisdeling en samenwerking; en (3) een meer internationale aanpak van financieel-economische criminaliteit, zoals corruptie, witwassen, terrorisme financiering, overtreding van de sanctieregelgeving en fraude.⁵⁰ DNB pleit in dat kader voor een gelijk speelveld van toezicht en handhaving, een gerichte samenwerking met Europese toezichthouders en maakt zich samen met het ministerie van Financiën en de AFM hard voor een Europese aanpak- én toezichthouder voor financieel-economische criminaliteit.⁵¹ Specifieke aandacht gaat dit jaar met name uit naar het integriteitstoezicht op banken en betaal- en elektronisch geldinstellingen.⁵² Dit jaar kunnen we eveneens een oordeel van de FATF over de effectiviteit van de Nederlandse aanpak in het tegengaan van witwassen en terrorismefinanciering en het integriteitstoezicht van DNB verwachten.⁵³

De toezichtplannen van de AFM zijn beschreven in het onlangs gepubliceerde *Trendzicht 2022*. Hier worden een aantal relevante ontwikkelingen uitgelicht op het gebied van integriteit, het toezichtlandschap en de internationalisering. Mede ingegeven door recente witwashedandalen in de financiële sector, blijft de bestrijding van witwassen en andere vormen van financieel-economische criminaliteit opnieuw een aandachtspunt voor 2022.⁵⁴

47 *Visie op Toezicht 2021-2024*, DNB (januari 2021), p. 4 (*Visie op toezicht*), te raadplegen via www.dnb.nl/media/43cnkobx/visie_op_toezicht_2021_2024.pdf; *Toezicht in beeld*, DNB (december 2021), p. 10 (*Toezicht in beeld*), te raadplegen via: www.dnb.nl/media/52ph2czc/web_134356_ia_toezicht_in_beeld_v5.pdf.

48 Ibid., p. 22-24.

49 *Toezicht in beeld*, p. 6.

50 *Visie op Toezicht*, p. 22-24.

51 Ibid., p. 24; *Toezicht in beeld*, p. 10.

52 *Toezicht in beeld*, p. 10.

53 Ibid.

54 *Trendzicht 2022*, AFM (november 2021), p. 30 (*Trendzicht*), te raadplegen via: www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2021/november/trendzicht-2022.

In het kader van het toezichtlandschap vraagt de AFM aandacht voor het belang van datagedreven toezicht en daarvoor geschikte wetgeving.⁵⁵ Daarnaast pleit de AFM voor de versterking van de samenwerking tussen financiële en dataprotectie-toezichthouders. Door de toename van de opslag en verwerking van persoonlijke data in de financiële sector, groeien het financieel toezicht en het gegevensbeschermingstoezicht dichter naar elkaar toe.⁵⁶ Behoudens de Payment Service Directive II (PSD2) ontbreekt op dit moment een adequate grondslag om een nauwere samenwerking tussen de toezichthouders vorm te geven. Ook in dat kader pleit de AFM voor een adequate wettelijke grondslag voor het uitwisselen van vertrouwelijke informatie tussen de financiële en de dataprotectie-toezichthouder.⁵⁷ Daarnaast zijn de Autoriteit Consument & Markt, de Autoriteit Persoonsgegevens, de AFM en het Commissariaat voor de Media onlangs het Samenwerkingsplatform Digitale Toezichthouders (SDT) gestart. Daarmee wordt beoogd 'het toezicht op digitale en online activiteiten te versterken' en 'om gezamenlijk digitale marktproblemen aan te pakken', onder meer middels het uitwisselen van kennis en informatie uit de toezichtpraktijk.⁵⁸ Tot slot vestigt de AFM evenals DNB in het kader van internationalisering van toezicht meer aandacht op Europese toezichtcoördinatie.⁵⁹

- *Europese richtsnoeren beleidsbepalers*

De Europese Bankautoriteit (EBA) en de Europese Autoriteit voor effecten en markten (ESMA) hebben in juli 2021 nieuwe richtsnoeren gepubliceerd ten aanzien van de beoordeling van de geschiktheid van beleidsbepalers.⁶⁰ Deze richtsnoeren zijn per 31 december 2021 in werking getreden. De richtsnoeren lijken een nieuwe verplichte herbeoordeling te introduceren die de instellingen (banken en beleggingsondernemingen) zelf moeten uitvoeren wanneer sprake is van een overtreding van de Wwft door de instelling. Dit is het geval wanneer er 'redelijke gronden zijn om te vermoeden dat er witwassen of financiering van terrorisme heeft plaatsgevonden of plaatsvindt of daartoe poging is of wordt gedaan, of wanneer hierop een verhoogd risico is in verband met die instelling'.⁶¹ De richtsnoeren noemen een drietal situaties die verband houden met AML/CFT-regelgeving waarin met name een herbeoordeling zal moeten plaats-

vinden.⁶² Indien uit de herbeoordeling volgt dat de persoon, dan wel het leidinggevend orgaan in zijn geheel niet geschikt is, dan moet de instelling deze persoon, dan wel het leidinggevend orgaan, in zijn geheel vervangen.⁶³ De richtsnoeren bepalen verder dat de toezichthouders zelfstandig moeten hertoetsen wanneer zij vermoeden dat sprake is (geweest) van (een poging tot) witwassen, terrorismefinanciering, dan wel wanneer daar een toegenomen risico op is in verband met de instelling.⁶⁴ De toezichthouder is eveneens bevoegd de desbetreffende 'leden uit het leidinggevend orgaan te verwijderen'.⁶⁵ Het is de vraag hoe de Nederlandse toezichthouders om zullen gaan met deze nieuwe 'verplichting' en de werking hiervan in de Nederlandse praktijk. In dat kader zijn al een aantal meer fundamentele vraagstukken opgeworpen, zoals het verbod op zelfincriminatie.⁶⁶ Kortom, wordt vervolgd.

De EBA heeft onlangs, mede ter ondersteuning van de toezichthouders in hun taakuitoefening, ook haar herziene richtsnoeren voor risicogebaseerd toezicht op de naleving van de AML/CFT-verplichtingen door kredietinstellingen en financiële instellingen gepubliceerd.⁶⁷ De herziene richtsnoeren bieden eveneens nadere handvatten voor instellingen bij het opstellen van effectief beleid met betrekking tot de risicobeheersing op het gebied van witwassen en terrorismefinanciering.⁶⁸ Daarnaast wordt het belang van samenwerking tussen de verschillende toezichthouders en andere betrokkenen, zoals de FIU's, andere toezichthouders en belastingautoriteiten onderstreept. De EBA overweegt dat deze samenwerking bijvoorbeeld kan plaatsvinden via zogenoemde permanente 'AML/CFT-colleges'.⁶⁹

- *Cryptobeleid NL/EU*

DNB heeft ten aanzien van het cryptobeleid het afgelopen jaar met name ingezet op registratieaanvragen, risicogebaseerd toezicht en uitleg over de sanctieregelgeving.⁷⁰ Dit laatste werd eveneens ingegeven door de rechterlijke uitspraken inzake Bitonic en DNB, zoals in de vorige kroniekrubriek besproken.⁷¹ DNB moest meer

55 Trendzicht 2022, p. 31; zoals ook besproken in de vorige editie van de kroniek: H.J.B. Sackers (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2021', *TBS&H* 2021/4, p. 279.

56 Trendzicht 2022, p. 31.

57 Ibid.

58 www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2021/oktober/samenwerkingsplatform-digitale-toezichthouders.

59 Ibid., p. 32.

60 Richtsnoeren voor het beoordelen van de geschiktheid van leden van het leidinggevend orgaan en medewerkers met een sleutelfunctie, EBA/GL/2021/06 (2 juli 2021) (Richtsnoeren), te raadplegen via www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Guidelines/2021/EBA-GL-2021-06%20Joint%20EBA%20and%20ESMA%20GL%20on%20the%20assessment%20of%20sustainability/1022113/Joint%20EBA%20and%20ESMA%20GL%20on%20the%20assessment%20of%20sustainability_NL.pdf.

61 Richtsnoeren, overweging 26.

62 Ibid.

63 Richtsnoeren, overwegingen 31, 167 e.v.

64 Richtsnoeren, overweging 194.

65 Ibid.

66 Zie in dit kader: 'Vervanging beleidsbepaler(s) bij overtreding van de Wwft', FINNIUS 11 november 2021.

67 De toezichthouders beschouwen de uitvoering van het risicogebaseerd toezicht dikwijls als uitdagend: zie het persbericht van de EBA: 'EBA strengthens AML/CFT supervision in the EU through revised Guidelines and enhanced cooperation' van 16 december 2021.

68 Zie voor de herziene richtsnoeren: Final report on guidelines on the risk-based supervision under article 58(10) of Directive (EU) 2015/849, te raadplegen via www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Guidelines/2021/EBA-GL-2021-16%20GL%20on%20RBA%20to%20AML%20CFT/1025507/EBA%20Final%20Report%20on%20GL%20on%20RBA%20AML%20CFT.pdf.

69 Dit zijn permanente AML/CFT-structuren waarin de toezichthouders samenkomen en informatie met elkaar kunnen uitwisselen met betrekking tot instellingen die grensoverschrijdend opereren en ten minste in drie lidstaten actief zijn.

70 Toezicht in beeld, p. 7.

71 H.J.B. Sackers (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2021', *TBS&H* 2021/4, p. 278-279.

ruimte laten voor een risicogebaseerde wijze van invulling ten behoeve van de naleving van de sanctieregelgeving door aanbieders van cryptodiensten (voor zover het gaat om het vaststellen dat de opgegeven persoon ook daadwerkelijk ontvanger of verzender is van de crypto). Relaties moeten immers altijd gescreend worden.⁷²

Op 19 november 2021 heeft DNB haar langverwachte concept Q&A over sanctiescreening bij inkomende en uitgaande transacties met crypto's gepubliceerd.⁷³ De Q&A gaat specifiek over de wijze waarop aanbieders van cryptodiensten invulling kunnen geven aan sanctiescreening bij een cryptotransactie. Daarbij wordt aandacht besteed aan de invulling van het begrip 'relatie', de te treffen maatregelen om de tegenpartij en/of begunstigde effectief te kunnen screenen en de invulling van de risicoanalyse. Ook noemt de Q&A een aantal *good practices* uit de praktijk.⁷⁴ Gelet op de grensoverschrijdende constructies van bepaald misbruik van crypto-activa, heeft DNB in haar toezichtplannen voor 2022 voorts te kennen gegeven naar meer samenwerking tussen de Europese toezichthouders te streven en zet zij in op een solide internationaal toezichtnetwerk.⁷⁵

Ook de Europese Commissie lijkt, los van AML/CFT, te streven naar een verdere regulering van de cryptomarkt. Deze ontwikkelingen worden hier kort aangestipt. In september 2020 werd de 'EU-strategie voor het digitale geldwezen' gepubliceerd.⁷⁶ Met deze strategie wil de EU 'ervoor zorgen dat burgers en bedrijven kansen kunnen benutten die het digitale geldwezen biedt (...), terwijl consumentenbescherming en de financiële stabiliteit gegarandeerd blijft'.⁷⁷ Onderdeel van deze strategie vormt het wetsvoorstel *Markets in Crypto-Assets Regulation* (MiCA), waarmee een deel van de Europese cryptomarkt onder toezicht komt te staan.⁷⁸ MiCA beoogt daarmee (1) rechtszekerheid te bieden door het scheppen van een gelijk speelveld voor de regulering van crypto's; (2) innovatie en eerlijke concurrentie middels een veilig en evenredig kader te bevorderen; (3) te zorgen voor de nodige consumenten- en beleggersbescherming en marktintegriteit; en (4) financiële stabiliteit te garanderen.⁷⁹ Daartoe zal MiCA slechts van toepassing zijn op bepaalde cryptoactiva en -diensten die op dit

moment buiten de bestaande Europese regulering vallen.⁸⁰ Op basis van MiCA zullen emittenten van bepaalde in het voorstel genoemde cryptoactiva en aanbieders van cryptodiensten over een vergunning moeten beschikken.⁸¹ Daarvoor zal moeten worden voldaan aan een aantal vereisten.⁸² Ten aanzien van bepaalde cryptoactiva die grote risico's voor de financiële stabiliteit met zich kunnen brengen, gelden strengere vereisten en is eveneens een toezichthoudende rol voor de EBA weggelegd.⁸³ Daarnaast vertoont MiCA overeenkomsten met bestaande wet- en regelgeving met betrekking tot financiële dienstverlening.⁸⁴ Zo zullen aanbieders van crypto-assetdiensten en emittenten van cryptoactiva onder meer moeten voldoen aan een aantal specifieke regels inzake het voorkomen van marktmisbruik.⁸⁵ Inmiddels heeft de Europese Raad zich op 24 november 2021 met MiCA akkoord verklaard, waarmee de onderhandelingen van start kunnen gaan.⁸⁶ Het is de bedoeling dat het gehele 'pakket digitaal geldwezen', waaronder MiCA daadwerkelijk van kracht wordt in 2024.⁸⁷ De ontwikkelingen worden nauwlettend in de gaten gehouden.

Hoge transacties

Eerder werd de voortgang van de invoering van een regulering voor een rechterlijke toetsing voor hoge transacties benoemd. Het op 11 maart 2021 gepubliceerde wetsvoorstel is voornamelijk niet in werking getreden. Dit betekent dat de OM-Aanwijzing hoge transacties nog steeds relevant is. In de afgelopen periode zijn verschillende transacties bereikt waaronder, zo volgt uit een persbericht van augustus 2021, tussen het OM en PwC Nederland. Het zou hierbij gaan om een transactiesom van € 300.000 wegens het onjuist informeren van de belastingdienst.⁸⁸ Uit het advies van de A-G volgt niet duidelijk welke overwegingen ten grondslag hebben gelegen aan het positieve advies tot het overeenkomen van een transactieovereenkomst als gepaste afdoeningsmodaliteit.⁸⁹ Dit wordt opgemerkt in het daaropvolgende advies van de Toetsingscommissie Hoge Transacties waarin de Toetsingscommissie opnieuw aangeeft dat factoren zoals erkenning, zelfmelden en het verlenen van medewerking en het treffen van herstelmaatregelen

72 Zie nogmaals: www.dnb.nl/actueel/nieuws-voor-de-sector/sector-nieuwsberichten-2021/risicogebaseerde-invulling-naleving-sanctiewet/.

73 Concept Q&A van 19 november 2021 over sanctiescreening bij een (inkomende en uitgaande) transactie met crypto's, te raadplegen via: www.dnb.nl/voor-de-sector/open-boek-toezicht-sectoren/aanbieders-cryptodiensten/integriteitstoezicht-op-aanbieders-van-cryptodiensten/sanctiewet-1977/concept-q-a-van-19-november-2021-over-sanctiescreening-bij-een-inkomende-en-uitgaande-transactie-met-crypto-s/

74 Ibid.

75 Visie op Toezicht, p. 24.

76 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch Sociaal Comité en het Comité van de Regio's over een EU-strategie voor het digitale geldwezen, COM (2020) 591 final.

77 www.consilium.europa.eu/nl/policies/digital-finance/.

78 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement betreffende markten in cryptoactiva en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final.

79 Ibid; zie ook C.M. Grundmann-van de Krol, 'Toekomstige regulering van crypto-uitgevers en cryptodienstverleners: hoofdlijnen', OR 2021/67.

80 Zie ook C.M. Grundmann-van de Krol, 'Toekomstige regulering van crypto-uitgevers en cryptodienstverleners: hoofdlijnen', OR 2021/67.

81 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement betreffende markten in cryptoactiva en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final.

82 Ibid.

83 C.M. Grundmann-van de Krol, 'Toekomstige regulering van crypto-uitgevers en cryptodienstverleners: hoofdlijnen', OR 2021/67.

84 Ibid.

85 Ibid.

86 Zie het persbericht van de Raad van de EU: www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2021/11/24/digital-finance-package-council-reaches-agreement-on-mica-and-dora/.

87 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch Sociaal Comité en het Comité van de Regio's over een EU-strategie voor het digitale geldwezen, COM (2020) 591 final.

88 www.om.nl/onderwerpen/hoge-transacties/nieuws/2021/08/31/pwc-nederland-betaalt-300.000-euro-vanwege-onjuist-informeren-fiscus.

89 Te raadplegen via www.om.nl/onderwerpen/hoge-transacties/nieuws/2021/08/31/pwc-nederland-betaalt-300.000-euro-vanwege-onjuist-informeren-fiscus.

een belangrijke rol spelen bij een positief oordeel voor het aangaan van een hoge transactie.⁹⁰

Tot slot wordt opgemerkt dat de strafrechtelijke handhaving van overtredingen door ondernemingen niet alleen in Nederland aan veranderingen onderhevig is. Zo heeft de Amerikaanse *Department of Justice* (DOJ) recentelijk nog diverse beleidswijzingen aangekondigd, onder meer met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid van individuen en het gebruik van compliance-monitors.⁹¹ Deze koerswijziging is ingezet 'to reinforce [the DOJ's] commitment to combatting corporate crime'.⁹² Een in het oog springende wijziging betreft het expliciete uitgangspunt dat de DOJ alle eerder begane overtredingen in aanmerking zal nemen ten behoeve van een passende beoordeling over de afdoeningswijze:

*'[...] the department is making clear that all prior misconduct needs to be evaluated when it comes to decisions about the proper resolution with a company, whether or not that misconduct is similar to the conduct at issue in a particular investigation. That record of misconduct speaks directly to a company's overall commitment to compliance programs and the appropriate culture to disincentivize criminal activity.'*⁹³

Daartoe zullen nieuwe richtlijnen worden gepubliceerd voor het evalueren van eerder geconstateerd wangedrag, waarbij alle eerder begane overtredingen, zij het strafrechtelijk, civielrechtelijk, dan wel bestuursrechtelijk, in aanmerking moeten worden genomen. Daarbij zal eveneens gewogen moeten worden of de onderneming al dan niet in het buitenland is vervolgd. Deze koerswijziging brengt mogelijk eveneens gevolgen met zich voor de schikkingspraktijk. Zo zal de DOJ bekijken hoe om te gaan met zogenoemde *Deferred Prosecution Agreements* (DPAs) en *Non Prosecution Agreements* (NPAs) wanneer sprake is van recidive. Zo wordt de vraag gesteld of dergelijke afdoeningswijzen nog wel geschikt zijn voor ondernemingen die al meerdere keren het voordeel hebben genoten van een DPA of NPA. Dergelijke vraagstukken worden de aankomende tijd verder onderzocht.⁹⁴

Ontneming wederrechtelijk verkregen vermogen

De wetgevingsagenda ten aanzien van ondermijning wordt verder uitgerold. In de strijd tegen ondermijnende criminaliteit komen meer mogelijkheden ter beschikking om crimineel vermogen af te pakken. Op 2 november 2021 heeft de Eerste Kamer ingestemd met het wetsvoorstel ter versterking van de strafrechtelijke aanpak

van ondermijnende criminaliteit. In voornoemd wetsvoorstel wordt vooral gericht op de illegale drugsindustrie en het daarmee gepaard gaande criminele verdienmodel.⁹⁵ Het wetsvoorstel bevat onder meer de mogelijkheid voor politie en justitie om de kosten van de vernietiging van in beslag genomen voorwerpen ten aanzien waarvan de maatregel van onttrekking aan het verkeer wordt opgelegd te verhalen op de veroordeelde.⁹⁶ Het wetsvoorstel omvat eveneens een uitbreiding van het onderzoek naar het vermogen van de veroordeelde in het kader van de tenuitvoerlegging van de geldboete, de schadevergoedingsmaatregel en de verbeurdverklaring. Als gevolg daarvan kan ook voor deze sancties een strafrechtelijk executieonderzoek worden gevorderd en kunnen de bijbehorende bevoegdheden worden ingezet, die tot nu toe alleen ingezet konden worden bij de tenuitvoerlegging van de ontnemingsmaatregel. Dit vindt plaats onder dezelfde voorwaarden als de regeling voor de ontnemingsmaatregel.⁹⁷

Hiervoor werd reeds het conceptwetsvoorstel strafrechtelijke ondermijning II genoemd. Naast de spoedbeveiliging voorziet dit wetsvoorstel in een wettelijke grondslag voor het ontnemen van wederrechtelijk verkregen vermogen zonder een voorafgaande strafrechtelijke veroordeling, bekend onder de noemer *non conviction based confiscation*.⁹⁸

Milieustrafrecht

Verzorgd door mr. dr. I. Koopmans

Algemeen

In de vorige kroniekrubriek(en) is beschreven dat er in 2020 en 2021 nogal wat rapporten over de staat van het milieustrafrecht in Nederland zijn verschenen. Het beeld dat uit die rapporten naar voren komt, is dat het niet bijster geweldig is gesteld met de aanpak van milieucriminaliteit en milieuovertredingen, en dat het bestaande stelsel van toezicht en handhaving onvoldoende functioneert. Een dergelijke aanklacht vraagt om een ministeriële reactie en op 13 december 2021 heeft de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat een brief naar de Tweede Kamer gestuurd waarin hij reageert op het rapport van de Commissie Van Aartsen.⁹⁹ In deze brief gaat de staatssecretaris (mede namens de ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie en Veiligheid) als stelselverantwoordelijke in op de acties die nodig zijn voor de opvolging van de aanbevelingen van deze commissie voor versterking van het stelsel van vergunningverlening, toezicht en handhaving (VTH). Bij de

90 Ibid.; zie ook hetgeen wij overwogen in de vorige editie van deze kroniekrubriek ten aanzien van SHV: H.J.B. Sackers (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2021', *TBS&H* 2021/4, p. 280-281. Volledigheids halve wordt opgemerkt dat zelfmelding ook hier opnieuw expliciet benoemd werd. PwC Nederland heeft de misstanden niet zelf gemeld, maar heeft daarna wel volledige medewerking verleend.

91 www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-gives-keynote-address-abas-36th-national-institute.

92 Ibid.

93 Ibid.

94 Ibid.

95 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 564, nr. 3, p. 1-2.

96 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 564, nr. 3, p. 10.

97 Ibid., p. 11-12.

98 Dit bespraken wij reeds in de vorige editie van deze kroniekrubriek: H.J.B. Sackers (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2021', *TBS&H* 2021/4, p. 281-282.

99 Brief aan de Tweede Kamer van 13 december 2021, 'Versterking van het VTH-stelsel', kenmerk IENW/BSK-2021/337925.

beantwoording baseert de staatssecretaris zich daarbij op het rapport van de commissie, alsmede op de kwantitatieve en juridische onderzoeken,¹⁰⁰ en de bevindingen van de Algemene rekenkamer in haar rapporten ‘Een onzichtbaar probleem’ en ‘Handhaven in het duister.’¹⁰¹

De Commissie Van Aartsen heeft in haar rapport duidelijk aangegeven wat er moet gebeuren en stelt voor om het bestaande VTH-stelsel te verbeteren. Daarvoor geeft zij tien aanbevelingen, die luiden als volgt:

- ondergrens voor de omvang van de omgevingsdiensten verhoren;
- kwaliteit verbeteren en afstemmen op de aard van de inrichtingen;
- meer prioriteit, capaciteit en inzet strafrechtelijke handhaving en vervolging;
- hetzelfde basistakenpakket voor alle omgevingsdiensten;
- landelijke normfinanciering in plaats van lokale outputfinanciering;
- verplichting tot informatie-uitwisseling en investeren in kennisontwikkeling en kennisdeling;
- één uitvoerings- en handhavingsbeleid, en één uitvoeringsprogramma per regio;
- versterking van de positie van de directeur door verlicht mandaat en herzien van de benoemingsprocedure;
- inrichten van rijkstoezicht op de omgevingsdiensten;
- advisering en uitvoeringstoets door omgevingsdiensten over omgevingsplannen.

Ten aanzien van de eerste aanbeveling ziet de staatssecretaris ruimte om te streven naar verdere congruentie tussen de grenzen van de omgevingsdiensten en de veiligheidsregio's, welke verder moet worden verkend. Voor wat betreft de verbetering van de kwaliteit van omgevingsdiensten dienen er samen met provincies en gemeenten landelijke criteria te worden opgesteld voor de minimaal vereiste kritische massa. Ook is de staatssecretaris een voorstander ervan om het algemeen bestuur van de omgevingsdienst de bevoegdheid te geven om regionaal het benodigde deskundigenniveau van omgevingsdiensten vast te stellen. Met betrekking tot de strafrechtelijke handhaving stelt de staatssecretaris vier stappen voor. Allereerst dient de *governance* van de opsporing van milieucriminaliteit versterkt te worden. Verder dient onderzocht te worden hoe de reeds bij de nationale politie aanwezige capaciteit beter geborgd kan worden en dat de beschikbare capaciteit op milieu effectiever voor die taak kan worden ingezet, waarbij de spanning met de vraag naar politiecapaciteit voor delicten die een hogere spoed kennen dan milieucriminaliteit een relevante factor is. In dit verband zal gekeken worden of het zinvol is om milieucriminaliteit in de volgende veiligheidsagenda een plek te geven. De derde stap bestaat erin dat er voor een robuust systeem flink

extra capaciteit voor de gehele strafrechtsketen nodig is, inclusief het OM en de rechterlijke macht. De Commissie Van Aartsen adviseerde in dat verband om van milieucriminaliteit weer een opsporingsprioriteit te maken, waarbij er zorg gedragen dient te worden voor boa's bij alle omgevingsdiensten, het oormerken van researchcapaciteit voor milieucriminaliteit bij de politie, de milieucapaciteit van het functionele parket te versterken en de rechter zowel in de eerste als in de tweede lijn te blijven trainen en opleiden in milieucriminaliteit. Ten slotte zal het kabinet op korte termijn advies aan de Raad van State vragen over de wijze waarop de doorzettingsmacht voor milieucriminaliteit en het VTH-stelsel op rijksniveau het beste kan worden georganiseerd, waarbij de vraag hoe de Europese eis van evenredige, doeltreffende en afschrikwekkende sancties goed in de uitvoering van de handhaving (bestuurs- en strafrecht) geborgd kan worden. Verder dient werk gemaakt te worden van de uitvoering van het wettelijk voorgeschreven basistakenpakket door gemeenten en provincies en dienen de geldende wettelijke verplichtingen overal in Nederland te worden nagekomen. Ook wil de staatssecretaris zich samen met de provincies en gemeenten inzetten om het instrumentarium voor de bekostiging van de omgevingsdiensten te herzien door het opstellen van een algemene norm voor de bekostiging van omgevingsdiensten die garandeert dat de opgedragen taken ook daadwerkelijk goed kunnen worden uitgevoerd. Aangezien voor het sterk en goed functioneren van het VTH-stelsel een goede en krachtige informatiepositie noodzakelijk is, zullen de voorbereidingen worden gestart om het reeds bestaande inspectieview het verplichte systeem te maken om informatie te delen. Ook wordt overwogen om op nationaal niveau een voorziening met fte's in te richten om informatie te kunnen verzamelen, te interpreteren en te analyseren over toezicht, handhaving en opsporing en innovatie voor alle stakeholders. Ten slotte is het van belang om in navolging van het voorstel van de Commissie Van Aartsen de kennisinstututen 'Omgevingsdiensten NL' en 'BRZO+' te versterken teneinde deze instututen zo snel als mogelijk als robuuste kennisinstututen voor de omgevingsdiensten in positie te brengen.

De reeds bestaande wettelijke verplichting om te komen tot één uniform uitvoerings- en handhavingsbeleid met één uitvoeringsprogramma op basis van één risicoanalyse, dient te worden verstrekt door de directeur van de omgevingsdiensten te vragen om deze voor één regio op te stellen en die ter consultatie aan de bevoegde gezagen voor te leggen.

Het versterken van de onafhankelijkheid van het toezicht en de handhaving is cruciaal voor een stevig VTH-stelsel en noodzakelijk om de effectiviteit en slagvaardigheid van het stelsel te vergroten, aldus de staatssecretaris. Aangezien het bevoegd gezag via zijn beleid de prioriteiten van de omgevingsdiensten bepaalt, kan de onafhankelijkheid van de omgevingsdiensten vorm worden gegeven vergelijkbaar met de relatie tussen het

100 Kamerstukken II 2020/21, 22 343/28 663, nr. 300.

101 Kamerstukken II 2020/21, 22 343, nrs. 294 en 297.

rijk en de rijksinspecties.¹⁰² Als het college van burgemeester en wethouders (dan wel gedeputeerde staten) gebruik wil maken van de ruimte om een aanwijzing te geven aan een omgevingsdienst, meldt het dit aan de gemeenteraad (of aan provinciale staten), waarmee ook de democratische legitimiteit meteen wordt geborgd.

Om nadere invulling te geven aan het rijkstoezicht op het VTH-stelsel zet de staatssecretaris in op een, naast een stevigere invulling van het horizontaal toezicht door gemeenteraden en provinciale staten, systeem voor visitatie van omgevingsdiensten. Daarnaast kan de Inspectie Leefomgeving en Transport het functioneren van het VTH-stelsel thematisch en signalerend onderzoeken en monitoren, waarna de resultaten worden besproken in het Bestuurlijk Omgevingsberaad. In geval van evidente taakverwaarlozing zal de staatssecretaris zelf actie ondernemen of als stelselverantwoordelijke de toezichthoudende provincie hiervan in kennis stellen. Deze provincie dient dan vervolgens de escalatieladder voor het interprovinciaal bestuurlijk toezicht in werking te stellen.

Dat beleid zowel nationaal als regionaal dient te worden getoetst op uitvoerbaarheid, is van belang. Hoe dit vormgegeven dient te worden zal samen met de ministers van Binnenlandse Zaken, Justitie en Veiligheid, gemeenten en provincies in het licht van de nog in werking te treden Omgevingswet nader worden onderzocht. Het klinkt op sommige punten wel doortastend, op andere onderdelen echter juist niet en is de houding van de staatssecretaris duidelijk afwachtender. In hoeverre de hier opgesomde voorstellen ook daadwerkelijk tot een versterking van het VHT-stelsel zullen leiden moet echter worden afgewacht.

Milieustrafrechtelijke ontwikkelingen op Europees niveau worden hierna besproken in de rubriek 'Europees strafrecht'.

Jurisprudentie

In de afgelopen periode zijn enkele belangwekkende uitspraken gedaan die het waard zijn om hier vermeld te worden. Zo heeft de Hoge Raad in een arrest van 14 december 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1862) bepaald dat 'produced water' dat meekwam bij het overpompen van olie uit een olieveld gelegen in de exclusieve economische zone van Angola en werd opgeslagen in ballasttanks waarbij chemicaliën aan het water zijn toegevoegd om bewaring in de ballasttanks mogelijk te maken, het door het Marpol-verdrag voor lozing toegestane gehalte aanzienlijk overschreed. Vervolgens is dit water in een zeeschip geladen en overgebracht naar Nederland om het daar te laten verwerken. Op grond van die vaststellingen heeft het hof volgens de Hoge Raad zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting kunnen oordelen dat met betrekking tot het in de tenlastelegging bedoelde

'produced water' niet was uitgesloten van de werkingssfeer van het Marpol-verdrag. Op basis daarvan kon het hof oordelen dat sprake was van een afvalstof die onder de werking van het Marpol-verdrag viel en dat er derhalve sprake was van de situatie zoals bedoeld in artikel 1.3.a EVOA, zodat de EVOA toepassing mist. Immers, de stelling van de advocaat-generaal dat de definitie van het begrip 'lozen' in artikel 2 lid 3 sub a en sub b onder ii Marpol-verdrag verhindert dat het 'produced water' een afvalstof betreft die onder de reikwijdte van het Marpol-verdrag valt, is onjuist. Enerzijds reeds omdat de uitzonderingsclausule van artikel 1 lid 3 aanhef sub a EVOA enkel spreekt van 'het lossen aan wal van (...) afvalstoffen die vallen onder Marpol of andere internationale bindende rechtsinstrumenten' en niet van de lozing van afvalstoffen. Van 'lozen' was in casu geen sprake. Anderzijds ook omdat het Marpol een expliciete norm bevat voor lozingen van oliehoudende mengsels vanaf bepaald typen productieplatforms (FPSO's).¹⁰³ Ingevolge die bepaling is het verboden om oliehoudende mengsels te lozen in zee, tenzij het oliegehalte van de te lozen vloeistof zonder verdunning niet hoger is dan 15 delen per miljoen. Het is niet goed voorstelbaar dat het op het FPSO opgeslagen en nadien bewerkte 'produced water' (dat een aanzienlijk hoger oliegehalte bevat dan de norm van dit voorschrift) zou zijn uitgezonderd, en dat het Marpol-verdrag geen bescherming zou bieden tegen de lozing van dat water, mede gelet op het uitgangspunt dat het Marpol-verdrag dat elke lozing in zee van olie of oliehoudende mengsels door schepen verbiedt, aldus overwoog de Hoge Raad.

Op 22 december 2021 heeft het Bossche hof zich gebogen over de vraag of sprake was van een illegale overbrenging van afvalstoffen zoals bedoeld in artikel 2, onder 35, aanhef en sub a en/of b EVOA (ECLI:NL:GHSHE:2021:3795). In casu ging het om de overbrenging naar China van verschillende containers gevuld met afvalpapier verontreinigd met huis- en keukenafval, uit afvalplastic bestaand gemixt afval enzovoorts. In casu zou sprake zijn van de uitvoer van gemengd stedelijk afval dat niet kan worden gebracht onder een van de codes vermeld in Bijlage III of III A bij de EVOA, en de uitvoer van een dergelijk mengsel voor nuttige toepassing is op grond van artikel 36 onder 1, aanhef en sub b EVOA niet verboden. Dit betekent dat voor de uitvoer van gemengd stedelijk afval het regime van voorafgaande schriftelijke kennisgeving en toestemming geldt. Nu in geen van de gevallen een kennisgeving was gedaan, was hier sprake van een illegale overbrenging zoals bedoeld in artikel 2, onder 35, aanhef en sub a en/of b EVOA, aldus het OM.

Bij de beoordeling van de vraag of sprake was van een illegale overbrenging komt het hof tot een opmerkelijk oordeel. Het hof stelt allereerst vast dat het vervuilingpercentage sterk per baal varieert. Waarschijnlijk gaat het om restfracties oud papier die zijn overgebleven na een sorteerslag. 'En hoewel er kan worden vastgesteld

102 Regeling van de Minister-President, Minister van Algemene Zaken van 30 september 2015, nr. 3151041, houdende de vaststelling van de Aanwijzing inzake de rijksinspecties.

103 De zogenoemde FPSO's (Floating Production, Storage and Offloading).

dat zich in dit materiaal andere stoffen van diverse aard bevonden, waaronder plastic, blik en hout, maakt die omstandigheid in het onderhavige geval niet dat sprake is van een mengsel van afvalstoffen’, aldus het hof. Derhalve dient te worden onderzocht of, gegeven de aanwezigheid van andere materialen in de onderzochte balen, de nuttige toepassing van de afvalstoffen op milieuhygiënisch verantwoorde wijze niet nog mogelijk is. Nu het dossier hiervoor onvoldoende aanknopingspunten biedt, spreekt het hof vrij. China heeft op enig moment een beoordelingsrapport over de inhoud van de containers gepubliceerd. Het hof stelt vast dat daarin het volgende is vermeld:

‘Van de goederen in alle 30 containers is vastgesteld dat het gaat om vast stadsafval, dat wil zeggen: afkomstig van huishoudens, handel, afvalpapier dat is ontstaan op commerciële feesten en gemixt plasticafval. Alle 30 onderzochte containers waar afvalpapier in zat was vervuild met huis- en keukenafval, commerciële handel, afvalpapier ontstaan bij commerciële feesten, uit afvalplastic bestaand gemixt afval; d.w.z. vast stadsafval.’

Deze conclusies bevatten naar het oordeel van het hof een innerlijke tegenstrijdigheid, nu in het eerste deel kennelijk het accent wordt gelegd op de aanwezigheid van andere materialen, waardoor de afvalstoffen in de visie van de Chinese autoriteiten dienen te worden aangemerkt als ‘vast stadsafval’, terwijl in het tweede deel wel wordt gesproken over een partij ‘afvalpapier’, waar andere materialen in zaten. Uit hetgeen de Chinese autoriteiten verder hebben gerapporteerd, in combinatie met de foto’s die van het onderzochte materiaal zijn gemaakt, leidt het hof evenwel af dat de lading van de containers voornamelijk uit afvalpapier bestond, waarin ook andere materialen werden aangetroffen. Naar het oordeel van het hof bieden de hiervoor aangehaalde dossierstukken onvoldoende inzicht in de aard en samenstelling van de partij afvalpapier om vast te kunnen stellen dat sprake is van een illegale overbrenging van deze afvalstoffen. Voor zover deze partij bestaat uit oud papier en karton, is niet duidelijk of sprake is van een mengsel van een of meer van de vier ‘streepjes’ van code B3020, dan wel of sprake is van een mengsel van afvalstoffen, voor welk mengsel geen afzonderlijke code bestaat in de bijlagen III, III B, IV en IV A. De omstandigheid dat in papierafval ook ander materiaal dan papier wordt aangetroffen, betekent niet dat zonder meer dat sprake is van een dergelijk mengsel. De Chinese autoriteiten hebben vastgesteld dat het percentage vervuiling in het papierafval hoger is dan anderhalf procent en dat het om die reden verboden is het afval in China te importeren. Uit het beoordelingsrapport leidt het hof af dat de door de Chinese autoriteiten vastgestelde vervuiling niet hoger is dan tien procent. Uit die beoordeling volgt niet dat de aanwezigheid van andere stoffen in dit geval aan een nuttige toepassing van de afvalstoffen op milieuhygiënisch verantwoorde wijze in de weg staat. Tegen de achtergrond van het voorgaande heeft het hof op grond van de inhoud van wettige bewijsmiddelen

niet de overtuiging bekomen dat voor de overbrenging van het afval de kennisgevingsprocedure zoals bedoeld in de EVOA had moeten worden gevolgd. De verdachte zal daarom (van het eerste onderdeel van het onder 4 ten laste gelegde) worden vrijgesproken. Feitelijk komt het erop neer dat in de toekomst niet alleen moet worden onderzocht of sprake is van een mengsel van afvalstoffen, maar ook waaruit dat mengsel precies bestaat. Bovendien is het van belang om vervolgens te bezien in hoeverre de aangetroffen mengsels nog op een nuttige en verantwoorde wijze milieuhygiënisch kunnen worden toegepast. In casu was dat niet of onvoldoende onderzocht en hoewel een milieuhygiënisch verantwoorde toepassing in China (gezien het oordeel van de Chinese autoriteiten) niet mogelijk was, betekent dat nog niet dat dit niet op een andere plek wel had gekund, althans zo valt uit de overwegingen van het hof op te maken.

Omkoping

Verzorgd door mr. dr. E. Sikkema & mr. J. Boonstra

Rechtspraak

De afgelopen maanden zijn er opvallend veel rechterlijke uitspraken over omkopingsdelicten geweest. Hierin komen verschillende aspecten voorbij die relevant zijn voor de interpretatie en toepassing van deze delicten. Het betreft onder meer het in artikel 177 Sr bedoelde oogmerk en het begrip ‘last’ in artikel 328ter Sr. Het hieronder als eerste te bespreken arrest ziet op een klassieke vraag die nu voor het eerst expliciet door de Hoge Raad beantwoord wordt: is voor ‘het doen van een belofte’ in de zin van de omkopingsbepalingen vereist dat de belofte de ander daadwerkelijk heeft bereikt?

- *HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:1031, NJ 2021/252 (Nagico)*

De verdachte in deze zaak was door het hof wegens actieve ambtelijke omkoping veroordeeld tot een gevangenisstraf van zes maanden, waarvan vier maanden voorwaardelijk. De verdachte had in een WhatsApp-gesprek met een medewerkster van de immigratiedienst op Sint Maarten een geldbedrag beloofd, als zij ervoor zou zorgen dat twee medewerkers van haar bedrijf ‘zonder gedoe’ (zonder grenscontrole) zouden kunnen inreizen of worden toegelaten op Sint Maarten. Omdat deze medewerkster op de betreffende dag niet op de luchthaven werkte, heeft de verdachte haar verteld dat ook de ambtenaar die haar die dag wel zou kunnen helpen (hierna: de collega) een geldbedrag voor haar hulp zou krijgen. In het cassatiemiddel werd onder meer aangevoerd dat het beloven van geld aan de collega niet als een belofte in de zin van artikel 2:128 van het Wetboek van Strafrecht van Sint Maarten (SrSM) kon worden aangemerkt, omdat uit de bewijsvoering niet kon blijken dat deze belofte de collega inderdaad had bereikt. Het genoemde artikel is de tegenhanger van artikel 177 (oud) van het Nederlandse wetboek. Anders dan het hof stelde zou een belofte die de ambtenaar niet heeft bereikt volgens het

middel niet kunnen worden beschouwd als een voltooid delict, maar hooguit als een poging tot het doen van een belofte.

A-G Paridaens zet in haar conclusie de opvattingen over dit vraagstuk in de literatuur op een rij. Een klassiek voorbeeld dat daarbij ter sprake komt is de belofte die per brief aan de ambtenaar wordt gericht, maar deze nooit bereikt. Ook kan worden gedacht aan de belofte die is ingesproken op een antwoordapparaat, terwijl de ambtenaar de opname niet heeft beluisterd. Sommige auteurs menen dat in een dergelijk geval sprake is van een poging, anderen stellen dat door het uitspreken of opschrijven van de betreffende woorden al sprake is van een voltooide belofte. Van een poging zou slechts sprake kunnen zijn als de dader een aanvang maakt het met uitspreken, maar hem op dat moment de mond wordt gesnoerd, of wanneer de brief waarmee men bezig is niet kan worden afgemaakt. Uw chroniqueur achtte het in zijn proefschrift verdedigbaar dat voor het voltooien van het delict van artikel 177 Sr irrelevant is of de belofte de ambtenaar heeft bereikt. Dit omdat het daadwerkelijk beïnvloeden van de ambtenaar geen bestanddeel is van het delict actieve omkoping.¹⁰⁴ Volgens de Hoge Raad heeft het hof terecht geoordeeld dat voor ‘het doen van een belofte’ (in de zin van artikel 2:128 SrSM) het enkele doen van die belofte beslissend is en niet is vereist dat de belofte de ambtenaar heeft bereikt. Daarmee bevestigt de Hoge Raad dus de visie volgens welke het irrelevant is of de ambtenaar van de belofte op de hoogte is geraakt.

- *Rb. Amsterdam 13 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7250 (13Early)*

De rechtbank veroordeelt twee ambtenaren van de gemeente Amsterdam voor betrokkenheid bij fraude met gehandicaptenparkeervergunningen. Zij hadden meerdere van deze parkeervergunningen voor gehandicapte bewoners aangemaakt en verkocht aan (zeventien) burgers die niet gehandicapt waren. Omdat zij voor het valselijk opmaken van de voor de vergunningaanvraag benodigde geschriften en het verwerken daarvan in de systemen geld zouden hebben aangenomen, lag ook de vraag voor of zij zich hadden laten omkopen (artikel 363 Sr).

De rechtbank vindt bewezen dat de verdachte zich samen met een ander heeft schuldig gemaakt aan passieve omkoping. Op basis van de verklaringen van de medeverdachten stelt de rechtbank vast dat giften in de vorm van geldbedragen zijn betaald ter verkrijging van een parkeervergunning. De rechtbank kan niet vaststellen dat de verdachte zelf uit handen van begunstigden geld heeft ontvangen, maar gelet op de rolverdeling bij de vervalsing en oplichting vindt de rechtbank het aannemelijk dat de opbrengsten zijn verdeeld. De verdachte en zijn medeverdachte wisten dat deze giften hun wer-

den gedaan om hen in hun hoedanigheid van ambtenaar iets te laten doen, namelijk ervoor zorgdragen dat vergunningen werden uitgegeven aan niet-gehandicapte stadsbewoners die geen recht hadden op een dergelijke vergunning. Daarmee heeft de verdachte zich schuldig gemaakt aan het medeplegen van passieve ambtelijke omkoping.

Juist vanuit zijn overheidsfunctie als ambtenaar behoorde de verdachte zich te gedragen als een integer ambtenaar die zich inzet voor de publieke zaak. In plaats daarvan heeft de verdachte zijn positie misbruikt door deze in te zetten voor zijn eigen financiële belangen. Daarmee heeft hij ook het vertrouwen dat burgers moeten kunnen hebben in de overheid, ernstig geschaad. De verdachte wordt veroordeeld tot een taakstraf van 200 uren en een voorwaardelijke geldboete van € 10.000.

- *Rb. Amsterdam 13 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7261 (13Early)*

Op dezelfde dag deed de rechtbank ook uitspraak in de zaak van een medeverdachte in de hierboven besproken onderzoek naar fraude met gehandicaptenparkeervergunningen. De rechtbank vindt actieve omkoping (artikel 177 Sr) in dit geval niet bewezen. De rechtbank stelt voorop dat dit delict veronderstelt dat de omkoper het oogmerk (de bedoeling) heeft dat de ambtenaar in zijn bediening iets doet of nalaat. Dit oogmerk is aanwezig wanneer de gever moet hebben beseft dat het doen van een gift als noodzakelijk en dus voor hem gewild gevolg meebrengt dat de ambtenaar wordt bewogen tot een doen of nalaten in zijn bediening. Het betreft de zwaarste vorm van opzet die bovendien niet op de gift, maar op het gevolg moet zijn gericht. Voorwaardelijk opzet is niet voldoende.

De rechtbank is van oordeel dat onvoldoende is komen vast te staan dat de verdachte aan ambtenaren van de gemeente een geldbedrag betaalde zodat zij vanuit hun functie iets zouden doen, namelijk ervoor zorgen dat de verdachte een parkeervergunning zou krijgen waarop zij geen recht op had. Mogelijk wist zij niet dat zij betaalde aan een ambtenaar. De verdachte wordt van dit feit vrijgesproken.

- *Rb. Rotterdam 24 november 2021, ECLI:NL:RBROT:202:11617 (Sputnik)*

In november 2021 stonden negen verdachten terecht in de rechtbank van Rotterdam voor grootschalige fraude in de vastgoedbranche. Het onderzoek Sputnik richtte zich op niet-ambtelijke omkoping, oplichting en valsheid in geschrift. De hoofdverdachte in deze zaak wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf van twee jaar. Hij had jarenlang kickbacks ontvangen in ruil voor onderhoudsopdrachten aan vastgoed van een investeringsmaatschappij. De rechtbank gaat onder meer in op het begrip ‘lasthebber’ als bedoeld in artikel 328ter Sr. De raadsman had aangevoerd dat niet kon worden bewezen dat de verdachte handelde ter uitvoering van een last, nu hij (volgens de tenlastelegging) partner, directeur of aandeelhouder was. De rechtbank wijst naar een arrest

104 E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2005, p. 365-366. Zie ook T.R. van Roomen & E. Sikkema, *Corruptiedelicten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 88-89.

van de Hoge Raad (HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:572), waaruit blijkt dat lastgeving in de zin van artikel 328ter Sr niet beperkt is tot de in artikel 7:414 BW bedoelde overeenkomst van opdracht waarbij de ene partij (de lasthebber) zich jegens de andere partij (de lastgever) verbindt een of meer rechtshandelingen te verrichten. Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat steeds als giften in het kader van de uitvoering van een opdracht, in strijd met de openheid die verwacht mag worden, niet aan de opdrachtgever worden gemeld, er sprake is van niet-ambtelijke omkoping. Dit geldt uiteraard niet als sprake is van relatiegeschenken van geringe waarde. De opdracht van het investeringsfonds werd in dit geval daadwerkelijk uitgevoerd door en onder verantwoordelijkheid van de verdachte, die tevens (middellijk) bestuurder en (mede) eigenaar was van de rechtspersonen die formeel de opdrachtnemer waren. Daarmee heeft de verdachte als lasthebber in de zin van artikel 328ter Sr te gelden. Daaraan doet niet af dat de verdachte het investeringsfonds niet in rechte kon binden en dat de rechtspersonen waarvan hij partner, directeur of aandeelhouder was formeel ook opdrachtnemer waren.

- *Rb. Den Haag 18 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:8951 (kort geding)*

De Haagse voorzieningenrechter heeft zich gebogen over de vraag of een strafbeschikking wegens niet-ambtelijke omkoping een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak is in de zin van de ‘verplichte uitsluitingsgronden’ uit de Aanbestedingswet 2012, zodat de omkoper zou worden uitgesloten. Daarnaast speelde de vraag of de omkoper een ‘ernstige beroepsfout’ heeft begaan, en of dat dan op zichzelf tot uitsluiting leidt nu de omkoping buiten de ‘terugkijktermijn’ plaatsvond en de strafbeschikking niet.

Het ging om een aanbesteding voor zwemvervoer. De afgewezen inschrijver is opgekomen tegen de beslissing van de gemeente Den Haag om de opdracht te gunnen aan onderneming ‘A’. Op 15 september 2020 heeft het OM een strafbeschikking opgelegd aan ‘A’ voor niet-ambtelijke omkoping. De afgewezen inschrijver is van mening dat ‘A’ vanwege deze strafbeschikking door de gemeente uitgesloten had moeten worden van de aanbesteding.

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af: de gemeente is terecht niet overgegaan tot uitsluiting van ‘A’. Het vonnis geeft op drie punten een interessant oordeel, namelijk (1) een strafbeschikking geldt niet als een onherroepelijke rechterlijke veroordeling in het kader van de verplichte uitsluitingsgronden; (2) voor de terugkijktermijn van de ernstige beroepsfout telt het moment van de gedraging en niet het moment van vaststelling daarvan; en (3) toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond leidt op zichzelf nog niet tot uitsluiting. In dat geval moet de aanbestedende dienst toetsen aan ‘self cleaning’ en proportionaliteit. Ten aanzien van de beoordeling van de aanbestedende dienst is de rechter op zijn beurt terughoudend.

Wetgeving

Op 17 december diende de Wet bescherming klokkenluiders (Wbk) in werking te treden, althans dan zou Nederland de Klokkenluidersrichtlijn moeten hebben geïmplementeerd in nationaal recht. Deze deadline heeft Nederland niet gehaald. Hoe staat het nu ervoor met de Wbk? Naar aanleiding van de inbreng van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer van 1 oktober heeft de minister op 14 december een nota van wijziging¹⁰⁵ ingediend op het wetsvoorstel. Hierdoor wijzigt het wetsvoorstel.¹⁰⁶ Het gewijzigde wetsvoorstel stond op de agenda van de commissie Binnenlandse Zaken voor de procedurevergadering van donderdag 13 januari 2022. Wanneer de leden van de commissie vinden dat de ingediende vragen voldoende zijn beantwoord, zal het wetsvoorstel ingepland worden voor een plenaire vergadering in de Tweede Kamer.

Overig

Eind oktober heeft Nederland de follow-up¹⁰⁷ van de OESO Fase 4-evaluatie aan de OESO Anti-Corruptie Werkgroep gepresenteerd. Het rapport geeft informatie over de voortgang die Nederland heeft geboekt bij de implementatie van een aantal aanbevelingen van het Fase 4-evaluatierapport. Het Nederlandse Fase 4-verslag is op 16 oktober 2020 door de OESO-werkgroep voor omkoping aangenomen. Het rapport bevat aanbevelingen voor Nederland voor de bestrijding van buitenlandse omkoping. Deze omvatten onder meer het invoeren van passend toezicht op voorgestelde niet-rechterlijke beslissingen (schikkingen) in buitenlandse omkopingzaken; het geven van richtsnoeren voor (de procedures voor) zelfmelden en de mate van samenwerking die van verdachten daarbij wordt verwacht; het nemen van maatregelen om onnodige vertragingen aan te pakken die worden veroorzaakt door het proces voor de beoordeling van claims op het verschoningsrecht bij onderzoeken naar omkoping in het buitenland. In het follow-up rapport staat informatie over de voortgang die Nederland heeft geboekt bij de implementatie van een aantal van deze aanbevelingen.

Op 26 november 2021 heeft de OESO een nieuwe aanbeveling aangenomen die de wereldwijde handhaving van omkoping van buitenlandse ambtenaren in het internationale zakenleven dient te verbeteren, de Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Hoewel niet juridisch bindend, zal de OESO Working Group on Bribery voortaan, in het kader van haar evaluatie van het OESO Anti-Corruptieverdrag, per land nagaan hoe de verschillende leden de nieuwe Aanbeveling ten uitvoer leggen.

105 www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=d5b2565b-37f4-4f35-b36c-c0828ec04b23&title=Nota%20van%20wijziging.doc.

106 Voor een bespreking van alle wijzigingen: www.bijzonderstrafrecht.nl/home/update-wet-bescherming-klokkenluiders-wbk.

107 Het gaat om 'Phase 4 evaluation of The Netherlands: one year written follow-up report', te downloaden via: [www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/WGB\(2021\)55/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/WGB(2021)55/FINAL&docLanguage=En).

Bijzondere wetgeving

Verzorgd door mr. dr. ds. B. van der Vorm

Drank- en Horecawet

In de tweede helft van 2021 zijn drie uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak verschenen waarbij de Wet Bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: Wet Bibob) is toegepast ten aanzien van de aanvraag van een vergunning op basis van de Drank- en Horecawet (DHW).¹⁰⁸ Hoewel de Wet Bibob wederom zal worden uitgebreid in het verband van de aanpak van ondermijning,¹⁰⁹ hebben vrijwel alle zaken niets van doen met ondermijning. Dat blijkt ook uit de Bibob-zaken die in deze kroniekrubriek de revue passen.

In de eerste zaak gaat het om een appellant, die afkomstig is uit China. Hij is geboren in 1977 te Ping Yang en heeft zich in 1994 of 1995 bij de IND aangemeld. Onder deze persoonsgegevens heeft hij ook verblijfsrecht, sinds het eind van de jaren negentig voor onbepaalde tijd, verkregen.¹¹⁰ Vast is komen te staan dat deze persoon in 2015 met onjuiste persoonsgegevens een vergunningaanvraag heeft gedaan, en op een gegeven moment loopt hij tegen de lamp. De burgemeester van Hoorn heeft bij brief van 30 augustus 2018 aan de appellant zijn voornemen bekend gemaakt om verlening van de aangevraagde vergunningen, zijnde een exploitatievergunning en een DHW-vergunning voor exploitatie van een restaurant, te weigeren. De burgemeester is van mening dat de vergunning op verschillende gronden kan worden geweigerd, namelijk op grond van artikel 27, eerste lid, aanhef en onder a, gelezen in samenhang met artikel 8, eerste lid, aanhef en onder b, DHW, op grond van artikel 2:28, tweede lid, aanhef en onder c, APV Hoorn, en op grond van artikel 3, zesde lid, Wet Bibob. Het feit dat deze persoon gebruik heeft gemaakt van onjuiste persoonsgegevens staat in het betoog van de burgemeester centraal. In beroep krijgt de burgemeester gelijk van de rechtbank. In hoger beroep ziet de wereld voor de burgemeester er volledig anders uit. Volgens de Afdeling levert een valse identiteit niet noodzakelijkerwijs ook 'slecht levensgedrag' op. De burgemeester heeft niet gemotiveerd waarom in casu de appellant ongeschikt is om een horecabedrijf uit te voeren. Van belang hierbij is dat de appellant vóór indiening van zijn vergunningaanvragen op 23 november 2017, het college van burgemeester en wethouders heeft verzocht zijn geregistreerde gegevens in de basisregistratie personen te wijzigen.¹¹¹ Ook blijkt volgens de Afdeling dat een in mei 2017 gegeven bestuurlijke waarschuwing niet zelfstandig aan het oordeel over het levensgedrag van de

appellant ten grondslag is gelegd. Met andere woorden: de burgemeester is tekortgeschoten in de motivering waarom de appellant van slecht levensgedrag zou zijn. Dit werkt volgens de Afdeling ook door ten aanzien van de weigeringsgrond die is neergelegd in artikel 3, zesde lid, Wet Bibob¹¹² en de weigering op grond van de DHW.¹¹³ Het gevolg van deze uitspraak is dat de burgemeester een nieuw besluit moet nemen dat in overeenstemming is met de uitspraak van de Afdeling.

In de tweede uitspraak heeft de burgemeester van Rijsen-Holten bij besluit van 1 maart 2019 aan de appellante geweigerd een exploitatievergunning en een DHW-vergunning te verlenen voor het voornemen om een horecabedrijf op te richten. De reden van deze weigering is gebaseerd op een advies van het Landelijk Bureau Bibob van 28 november 2018, waarin de conclusie is getrokken dat sprake is van een ernstig gevaar dat de aangevraagde vergunningen mede zouden worden gebruikt om strafbare feiten te plegen ('b-grond'). De appellante is in alle opzichten 'schoon', maar dit geldt niet voor haar broer en bedrijf A. Dit bedrijf A heeft in 2016 structureel in strijd gehandeld met de AWR, namelijk door het niet voldoen aan de administratieplicht. Daarnaast is de broer van appellante in 2014 in Frankrijk onherroepelijk veroordeeld voor verboden wapenbezit. Volgens het Landelijk Bureau Bibob is sprake van een samenhang tussen deze feiten en de aangevraagde vergunningen. Vanwege het bestaan van een zakelijk samenwerkingsverband tussen de appellante, haar broer en bedrijf A, kunnen de antecedenten van haar broer en bedrijf A, kunnen de antecedenten van haar broer en het bedrijf worden toegerekend aan de appellante. Daarnaast legt de burgemeester ook feiten ten grondslag aan de weigering, die door het Landelijk Bureau Bibob als niet relevant zijn bestempeld.¹¹⁴ In lijn met vaste jurisprudentie wordt door de Afdeling overwogen dat de veroordeling van appellantes broer in Frankrijk mocht worden gebruikt om het ernstig-gevaaradvies op te baseren.¹¹⁵ Daarnaast wordt door de Afdeling overwogen dat de burgemeester aan zijn vergewisplicht heeft voldaan¹¹⁶ en er geen redenen zijn om te oordelen dat de weigering van de vergunningen onevenredig is.¹¹⁷ Wel is de burgemeester tekortgeschoten in het aannemelijk maken van de strafbare feiten die door het Landelijk Bureau Bibob als niet-relevant zijn aangemerkt,¹¹⁸ maar volgens de Afdeling zijn het stelselmatig handelen in strijd met de AWR door bedrijf A en de Franse veroordeling voor verboden wapenbezit van de broer voldoende om de weigering op te kunnen baseren.¹¹⁹

108 De naam van de Drank- en Horecawet is per 1 juli 2021 gewijzigd in Alcoholverwet (Stb. 2021, 26).

109 A. Tollenaar, 'Uitbreiding van de Wet Bibob: de verdere decentralisatie van de aanpak van ondermijnende criminaliteit', *Gst.* 2021, p. 678-682.

110 ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1658, AB 2021/306, m.nt. Van der Vorm, r.o. 2.

111 ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1658, r.o. 3.2.

112 ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1658, r.o. 5.1.

113 ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1658, r.o. 6.1.

114 ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1964, AB 2021/304, m.nt. Van der Vorm, r.o. 2.

115 ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1964, r.o. 5.3.

116 ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1964, r.o. 5.4.

117 ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1964, r.o. 5.5.

118 ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1964, r.o. 6.

119 ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1964, r.o. 6.1.

In de laatste Bibob-zaak exploiteerde de appellant een horeca-inrichting in Tilburg, waarvoor aan hem door de burgemeester van Tilburg een DHW-vergunning, een exploitatievergunning en een aanwezigheidsvergunning zijn verstrekt voor de duur van vier jaar.¹²⁰ Tijdens twee controles bij deze inrichting hebben toezichhouders geconstateerd dat laptops aanwezig waren die werden gebruikt als kansspelautomaat, terwijl deze laptops niet waren voorzien van een merkteken. Dit levert een overtreding op van de Wet op de kansspelen.¹²¹ Deze twee overtredingen zijn voor de burgemeester een aanleiding geweest om een Bibob-toetsing uit te voeren. Voordat de burgemeester het Landelijk Bureau Bibob om advies vraagt, moet de burgemeester eerst zijn 'eigen huiswerk' doen. In dit verband moet de aanvrager van de vergunningen (in casu: de appellant) de Bibob-vragenformulieren invullen. Als deze formulieren niet naar waarheid worden ingevuld, levert dit een grond op om de vergunning te weigeren of in te trekken, en kan ook een strafrechtelijk traject plaatsvinden. Als de appellant evenwel ervoor kiest om de gevraagde formulieren niet in te vullen, levert dit een intrekkinggrond op. Aangezien de appellant tot tweemaal toe geen gehoor geeft aan de oproep om het vragenformulier in te vullen, worden de DHW-vergunning en de exploitatievergunning door de burgemeester ingetrokken.¹²² In hoger beroep betoogt de appellant dat de burgemeester geen constatering voor de inwerkingtreding van het Bibob-beleid mocht betrekken bij de toetsing aan dat beleid en worden de bevindingen van de controles betwist.¹²³ De Afdeling overweegt dat de burgemeester zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat er aanleiding bestond om een Bibob-toetsing uit te voeren en dat de burgemeester niet alleen hoeft uit te gaan van informatie van na de inwerkingtreding van het Bibob-beleid.¹²⁴ Ook overweegt de Afdeling dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de burgemeester aannemelijk heeft mogen achten dat de laptops werden gebruikt als kansspelautomaat.¹²⁵ Gelet op het ernstige gevaar heeft de burgemeester de sluiting van de horeca-inrichting niet als een omstandigheid hoeven zien die ertoe leidt dat de intrekking van de vergunningen onevenredig is.¹²⁶

Wet op de kansspelen

In de tweede helft van 2021 zijn enkele uitspraken verschenen waarbij de Wet op de kansspelen (zijdelings) ter sprake kwam, en die de moeite waard zijn om in deze kroniekrubriek te worden vermeld. In de eerste zaak (ABRvS 1 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2704) heeft de burgemeester van Utrecht bij besluit van 3 juni 2019 een pand in Utrecht gesloten voor de duur

van twaalf maanden. De appellant exploiteerde in het pand een smartshop. Op 28 maart 2019 heeft de gemeente een controle uitgevoerd in dit pand samen met de Kansspelautoriteit en de politie. De controle vond plaats in het kader van een landelijk onderzoek naar illegale gokactiviteiten. In het pand was een zogenaamd cash center aanwezig. Via een daarop aangemaakt account kon worden gegokt op bepaalde websites. Dit cash center is meteen in beslag genomen. Daarnaast waren in het pand goederen aanwezig die werden gebruikt voor de handel in drugs. Voor de burgemeester waren dit redenen om het pand te sluiten. In deze uitspraak komt aan de orde of de burgemeester bevoegd was om het pand te sluiten en of hij ook in dit geval gebruik mocht maken van die bevoegdheid. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de burgemeester onvoldoende gemotiveerd dat de openbare orde zodanig dreigt te worden verstoord dat de sluiting in dit geval nodig is om die openbare orde in en rond het pand weer te herstellen. Ten aanzien van de Wet op de kansspelen overweegt de Afdeling dat gezien de omvang van de gemaakte winst de burgemeester naar het oordeel van de Afdeling niet aannemelijk heeft gemaakt dat via het cash center in de smartshop van de appellant op grote schaal illegaal is gegokt. Verder heeft de burgemeester ten onrechte volstaan met een opsomming van gevaren voor de openbare orde die zich in theorie zouden kunnen voordoen bij illegale kansspelen zonder te verduidelijken waarom die gevaren zich ook in dit geval voordoen. De enkele aanwezigheid van een cash center wettigt op zichzelf genomen niet zonder meer de vrees voor gevaar voor de openbare orde of veiligheid. Met het verwijderen van het cash center uit de inrichting is het eventuele directe gevaar voor de openbare orde en veiligheid feitelijk weggenomen. Die aanwezigheid mag de burgemeester echter wel in combinatie met de andere omstandigheden betrekken bij zijn beoordeling van de vrees voor gevaar voor de openbare orde en veiligheid.¹²⁷

In de tweede zaak (ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2445) heeft de burgemeester van Utrecht bij besluit van 13 juni 2019 de aan de appellant verleende exploitatievergunning voor een koffiehuis in Utrecht ingetrokken en bepaald dat hij voor die locatie een jaar lang geen exploitatievergunning zal verlenen. De appellant is eigenaar van het koffiehuis in Utrecht. Voor de exploitatie van het koffiehuis had de burgemeester hem een exploitatievergunning verleend. Bij een controle is geconstateerd dat in het koffiehuis een bingo werd gehouden, waarvoor geen vergunning was verleend. De burgemeester stelt in de besluiten dat bij de gemeente meldingen waren binnengekomen over een illegale bingo die tijdens de ramadan werd georganiseerd in het koffiehuis. Verder heeft de gemeente videobeelden ontvangen van een illegale bingo in het koffiehuis. De Afdeling gaat niet akkoord met de intrekking. Omdat de burgemeester niet aannemelijk heeft gemaakt dat bij de bingo's veel geld omging, blijft als motivering voor de

120 ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2329, Gst. 2021/133, m.nt. Van der Vorm, r.o. 1.

121 ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2329, r.o. 1.1-1.2.

122 ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2329, r.o. 1.3.

123 ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2329, r.o. 5.

124 ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2329, r.o. 5.1.

125 ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2329, r.o. 5.2.

126 ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2329, r.o. 5.3.

127 ABRvS 1 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2704, r.o. 8.3.

intrekking van de vergunning in de kern slechts over dat enkele jaren achtereen enkele weekenden per jaar bingo werd gespeeld zonder dat daarvoor vergunning was verleend. Dat was weliswaar in strijd met de wet, maar het is niet zo dat om die reden alle denkbare negatieve gevolgen van illegale kansspelen voor de openbare orde ook in dit geval aan de orde zijn. Er zijn onvoldoende aanknopingspunten om ervan uit te gaan dat er een reële dreiging was dat door de bingo's tijdens de ramadan ongeregelde heden en gewelddadigheden zouden ontstaan in het koffiehuis. In de besluiten staat ook niet dat in enig jaar tijdens de bingo-weekenden meldingen van overlast zijn gedaan of dat er andere aanwijzingen voor ongeregelde heden of verstoringen van de openbare zijn geweest.¹²⁸ Hetzelfde geldt voor de intrekking op de grond dat de appellante niet langer voldeed aan de eis dat leidinggevend van een horecabedrijf niet in enig opzicht van slecht levensgedrag mogen zijn. Gelet op de beschikbare informatie kan het ook zijn dat het ging om een kleinschalige bingo die de appellante enkele weekenden per jaar organiseerde zonder daaraan veel geld te willen verdienen. In dat geval is het enkele feit dat voor de bingo niet de verplichte vergunning was verleend, onvoldoende om te spreken van slecht levensgedrag. Andere feiten en omstandigheden kunnen tot een andere conclusie leiden, bijvoorbeeld als daaruit blijkt dat de appellante met de bingo's criminele netwerken faciliteerde. Dergelijke feiten en omstandigheden blijken echter niet uit de processen-verbaal of uit andere dossierstukken.¹²⁹

Tot slot kan worden gewezen op ABRvS 13 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:229, een 'klassieke' kanspelzaak. In deze zaak heeft de Kanspelautoriteit (Ksa) bij besluit van 5 juli 2017 aan Simbat en de appellante sub 3 gezamenlijk een boete opgelegd wegens overtreding van de Wet op de kansspelen ter hoogte van € 270.000. Zij zijn voor de betaling van de boete elk hoofdelijk aansprakelijk. Bij datzelfde besluit heeft de Ksa een boete aan Spinity ('promotional agent' van Simbat) opgelegd wegens overtreding van de Wet op de kansspelen ter hoogte van € 100.000. De Ksa had Simbat in 2012 en in 2013 aangeschreven in verband met het aanbieden van kansspelen via de websites Riverbingo.com, Eurocasino.com en Slotplaza.com. In 2014 heeft de Ksa meldingen ontvangen over de websites 777bingo.nl, Jojobingo.nl en Bingolot.nl. Verder heeft de Ksa in 2015 meldingen ontvangen over de Facebookpagina Simbatgokkasten, over gokken bij Simbat met betaling via 0909-nummers, over Eurocasino.com en over Simbatgokkasten. De aangevallen uitspraak komt voor vernietiging in aanmerking voor zover daarbij het beroep van Simbat ongegrond is verklaard. De Afdeling vernietigt het besluit op bezwaar van 11 september 2018 voor zover de Ksa daarbij het boetebesluit van 5 juli 2017 ten aanzien van Simbat heeft gehandhaafd. Zij ziet verder aanleiding om de hoogte van de boete zelf vast te stellen op een bedrag

van € 187.500. Het beroep tegen het besluit op bezwaar van 3 mei 2018 is niet-ontvankelijk.¹³⁰ Het hoger beroep van de Ksa is gegrond. De aangevallen uitspraak komt voor vernietiging in aanmerking voor zover daarbij het beroep van de appellante sub 3 tegen het besluit van 3 mei 2018 gegrond is verklaard, dat besluit is vernietigd voor zover het ziet op de aan de appellante sub 3 opgelegde boete en het boetebesluit van 5 juli 2017 in zoverre is herroepen. De Afdeling verklaart het beroep tegen het besluit van 3 mei 2018 in zoverre niet-ontvankelijk. Zij verklaart het beroep van appellante sub 3 tegen het besluit van 11 september 2018 gegrond en vernietigt dat besluit voor zover het ziet op de appellante sub 3. Verder ziet de Afdeling aanleiding om de hoogte van de boete voor deze appellante zelf vast te stellen op een bedrag van € 82.500. Het incidenteel hoger beroep van de appellante sub 3 is ongegrond.¹³¹ Ook het hoger beroep van Spinity is gegrond. De Afdeling vernietigt de aangevallen uitspraak voor zover de rechtbank het beroep van Spinity tegen het besluit van 3 mei 2018 ongegrond heeft verklaard. Dit beroep wordt alsnog niet-ontvankelijk verklaard. Het beroep van Spinity gericht tegen het besluit van 11 september 2018 is ongegrond.¹³²

Opiumwet

Het is bekend dat in veel gevallen de burgemeester – indien toepassing wordt gegeven aan artikel 13b Opiumwet – in een rechterlijke procedure aan het langste eind trekt.¹³³ Soms vist de burgemeester echter achter het net.¹³⁴ In een zaak heeft de burgemeester van Rotterdam bij besluit van 14 januari 2019 besloten om de huurwoning van de appellanten sub 2 voor zes maanden te sluiten. De burgemeester is op grond van artikel 13b, eerste lid, Opiumwet bevoegd tot het opleggen van een last onder bestuursdwang als in een woning een middel als bedoeld in lijst I of lijst II, behorend bij de Opiumwet, wordt verkocht, afgeleverd of verstrekt dan wel daartoe aanwezig is. De burgemeester heeft besloten de woning te sluiten, omdat de politie op 30 oktober 2018 in de slaapkamer van een meerderjarige zoon 237,7 gram cocaïne, een contant bedrag van € 7.000, een grammenweegschaal en een rol plastic zakjes heeft aangetroffen. De appellanten (sub 2) en de burgemeester zijn het met elkaar eens dat de burgemeester bevoegd was om het pand te sluiten, maar verschillen van mening over de vraag of hij in redelijkheid van die bevoegdheid gebruik heeft kunnen maken. De Afdeling stelt de burgemeester in het ongelijk. De Afdeling is van oordeel dat er bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 Awb zijn die maken dat het handelen overeenkomstig het uitgangspunt van het beleid in dit geval gevolgen heeft die onevenredig zijn in verhouding tot de met het beleid te dienen doelen. Dit betekent dat de burgemeester niet in redelijkheid van zijn bevoegdheid tot sluiting van de

130 ABRvS 13 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2295, r.o. 22.3.

131 ABRvS 13 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2295, r.o. 22.3.1.

132 ABRvS 13 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2295, r.o. 22.3.2.

133 L.M. Bruijn & M. Vols, *Onderzoek toepassing artikel 13b Opiumwet*, Groningen: WODC 2021.

134 Zie ook ABRvS 15 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2826.

woning gebruik heeft kunnen maken. Van belang daarbij is dat het gaat om een specifieke samenloop van omstandigheden, welke omstandigheden in samenhang bezien de sluiting van de woning in dit geval onevenredig maken: de appellanten (sub 2) treft geen verwijt van de overtreding, zij hebben aannemelijk gemaakt dat het zeer moeilijk is om vervangende woonruimte op de particuliere en sociale woningmarkt te vinden, terwijl een van hen ziek is en zij twee minderjarige en schoolgaande kinderen hebben en daarnaast ontbinding van de huurovereenkomst en plaatsing op een zwarte lijst dreigt, waardoor de gevolgen van het sluiten van de woning verder strekken dan de sluiting voor zes maanden. Het risico op ontbinding van de huurovereenkomst en plaatsing op een zwarte lijst zou zich ook voordoen bij sluiting voor een kortere periode, want op grond van artikel 231, tweede lid, van Boek 7 BW biedt een op artikel 13b Opiumwet gebaseerde sluiting op zichzelf de mogelijkheid om de huurovereenkomst zonder procedure bij de rechter te ontbinden. Een waarschuwing zou daarom passender zijn geweest.¹³⁵

In een andere zaak heeft de burgemeester van Roermond bij brief van 6 februari 2019 Yin Yang, exploitante van een saunaclub, medegedeeld dat hij tot sluiting van gebouwen op grond van artikel 13b Opiumwet over zal gaan. Bij een eerder besluit van 23 februari 2017 had de burgemeester de gebouwen die onderdeel zijn van de saunaclub voor twaalf maanden gesloten. In het bestuursdwangbesluit van 2017 stond dat de gebouwen zullen worden gesloten op 6 maart 2017 en dat de sluiting eindigt op 6 maart 2018. Tegen dit besluit is geprocedeerd tot in hoger beroep. De Afdeling heeft in de uitspraak van 16 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:113, geoordeeld dat de burgemeester in redelijkheid het bestuursdwangbesluit heeft kunnen handhaven. De burgemeester had op dat moment de sluiting nog niet uitgevoerd. Het bestuursdwangbesluit uit 2017 was namelijk geschorst in afwachting van het besluit op het daartegen gemaakte bezwaar. De Afdeling ziet aanleiding om duidelijkheid te bieden voor de rechtspraak over hoe moet worden omgegaan met tijdsverloop na het nemen van een bestuursdwangbesluit op grond van artikel 13b Opiumwet. Tijdsverloop kan ertoe leiden dat sluiting van een pand op grond van deze bepaling redelijkerwijs niet meer zal bijdragen aan het bereiken van de doelen die met een dergelijke sluiting worden gediend. Als een burgemeester een pand nog niet feitelijk heeft gesloten en daartoe nog wel wil overgaan, moet hij daarom opnieuw een beoordeling maken van de noodzaak van het alsnog sluiten als meer dan één jaar is verstreken sinds de datum dat de sluiting volgens het bestuursdwangbesluit in zou zijn gegaan. De burgemeester heeft gewezen op de uitspraak van de Afdeling van 18 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1259. In die zaak was echter binnen een jaar na de ingangsdatum die genoemd stond in het bestuursdwangbesluit tot sluiting overgegaan. De burgemeester had daarnaast gewezen op de uitspraak van de

Afdeling van 4 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2229. In die uitspraak merkte de Afdeling een brief die afspraken weergeeft over de feitelijke sluiting en die zijn gemaakt na het nemen van het bestuursdwangbesluit niet aan als een besluit. Deze uitspraak is niet onverenigbaar met het hiervoor overwogene. Voor zover bij bedoelde brief een afwijkende ingangsdatum was gekozen, was deze ook hier namelijk gelegen binnen een jaar na de oorspronkelijke ingangsdatum. De beoordeling van de noodzaak om na het verstrijken van meer dan een jaar alsnog te sluiten, is een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Als er nog een procedure loopt tegen het bestuursdwangbesluit, moet ingevolge artikel 6:19 Awb een besluit waarin de noodzakelijkheid opnieuw is beoordeeld van rechtswege worden meegenomen in die procedure. Als er geen procedure loopt, kan tegen dit besluit bezwaar worden gemaakt.¹³⁶ Voor Yin Yang betekent dit het volgende. In het bestuursdwangbesluit is bepaald dat de sluiting zou ingaan op 6 maart 2017. Een jaar later had de burgemeester de gebouwen nog niet gesloten. Voordat hij tot sluiting over kon gaan, moest hij daarom opnieuw de noodzaak van een sluiting beoordelen. In de brief van 6 februari 2019 heeft hij bepaald dat hij met ingang van 25 februari 2019 de gebouwen zou sluiten. Omdat hij in deze brief te kennen heeft gegeven nog steeds tot sluiting over te willen gaan, en daarmee impliciet te kennen heeft gegeven dat daarvoor nog steeds een noodzaak bestaat, moet deze brief worden aangemerkt als een besluit. In de brief van 7 februari 2019 heeft Yin Yang aangegeven het hiermee niet mee eens te zijn. Deze brief moet daarom worden aangemerkt als een bezwaarschrift. De burgemeester heeft op dit bezwaar besloten bij besluit van 11 februari 2019, maar heeft zich in dat besluit op het standpunt gesteld dat het nemen van een besluit niet aan de orde is. Dat is, gelet op het voorgaande, onjuist. De burgemeester zal alsnog inhoudelijk op het bezwaar moeten beslissen.¹³⁷

Tot slot dient onder andere in het kader van artikel 13b Opiumwet te worden gewezen op de conclusie over de evenredigheidstoets door de bestuursrechter van de staatsraden A-G's Wattel en Widdershoven. De conclusie gaat in op de vraag hoe indringend de bestuursrechter bestuurlijke maatregelen moet toetsen en wat daarbij de betekenis is van het evenredigheidsbeginsel. Het gaat concreet om een besluit waarbij een dwangsom wordt ingevorderd en om besluiten tot sluiting van een woning na een drugsvondst in die woning.¹³⁸

Wet wapens en munitie

Busjes pepperspray, aangetroffen bij een doorzoeking in een woning, leiden tot het enige arrest over de Wet wapens en munitie (WWM) dat in deze kroniekrubriek bespreking rechtvaardigt, namelijk HR 2 november 2021, ECLI:NL:HR:23021:1624.¹³⁹ Blijkens de tenlastelegging waren de busjes voorwerpen bestemd voor het treffen

135 ABRvS 6 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2243, JB 2021/204.

136 ABRvS 8 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2756, r.o. 5.

137 ABRvS 8 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2756, r.o. 6.

138 ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, JOM 2021/299.

139 NJ 2021/391, m.nt. Reijntjes.

van personen met giftige, verstikkende, weerloosmakende, traanverwekkende en soortgelijke stoffen (artikel 2, categorie II onder 6e WWM). Het hof had het voorhanden hebben van de busjes bewezen verklaard op grond van de vondst in de woning van de verdachte, de verklaring van zijn vrouw ('de pepperspray heb ik van mijn man gekregen zodat ik mijn kinderen kan beschermen'), en van de verdachte zelf ('ik had busjes pepperspray; ik had ze uit zelfbescherming omdat er in het verleden iets is gebeurd'). Daarnaast had een materiedeskundige van de politie verklaard dat het om spuitbusjes ging met het opschrift 'pepperspray', en dat die volgens de inhoudsopgave de stof 'capsicum' (de werkzame stof in pepperspray) bevatte. De materiedeskundige had de busjes geschud en hem was gebleken dat de busjes 'kennelijk deels gevuld waren'. Volgens de verdediging was dat onvoldoende voor het bewijs dat er in de busjes daadwerkelijk pepperspray zat. Pikant detail daarbij was dat van een van de busjes de houdbaarheidsdatum was verstreken, zodat twijfels bestonden of de inhoud op de datum van de tenlastelegging nog steeds een weerloosmakend, traanverwekkende potentieel had. Het hof overwoog anders en veroordeelde. In cassatie (naar aanleiding van het eerste middel) overweegt de Hoge Raad dat het standpunt (dat van het bewijs uitsluitend sprake kan zijn als is vastgesteld dat het voorwerp een weerloosmakende en/of traanverwekkende stof bevat) onjuist is. Het gaat erom of het een voorwerp betreft dat naar zijn aard bestemd is om personen te treffen met een weerloosmakende en/of traanverwekkende stof. De enkele omstandigheid dat een voorwerp mogelijk niet een zodanige stof bevat, brengt volgens de Hoge Raad niet met zich dat die bestemming ontbreekt. Daaraan doet niet af dat op een van de busjes een houdbaarheidsdatum staat die inmiddels is verstreken.

Ten slotte is vermeldenswaard dat op 1 februari 2022 de Wet ter Bescherming Koopvaardij in werking is getreden.¹⁴⁰ Daarmee is onder meer artikel 3 WWM gewijzigd.

Europees strafrecht

Verzorgd door mr. dr. S.S. Buisman & mr. dr. W.S. de Zanger

Algemene ontwikkelingen

- *EU-code voor politieke samenwerking*

Zowel binnen de nieuwe EU-Schengenstrategie als binnen de EU-strategie voor een veiligheidsunie staat de

140 Wet van 1 december 2021, houdende wijziging van de Wet ter Bescherming Koopvaardij houdende aanpassingen in verband met het certificerings- en vergunningstelsel, de positie van particuliere beveiligers, de scheepsbeheerder en de kapitein, de verwerking van bijzondere persoonsgegevens en herstel van enkele onvolkomenheden (Reparatiewet WtBK), Stb. 2022, 2; Besluit van 22 december 2021, houdende regels ter uitvoering van de Wet ter Bescherming Koopvaardij (Besluit bescherming koopvaardij) alsmede vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet ter Bescherming Koopvaardij, Stb. 2022, 3.

versterking van politieke samenwerking hoog op de agenda.¹⁴¹ Daarbij is bijzondere aandacht voor de huidige ontwikkelingen in het kader van de migratiecrisis en de daarbij gepaard gaande mensenhandel en -smokkel, terroristische dreigingen, drugshandel en andere vormen van georganiseerde criminaliteit. Doel is om het huidige gefragmenteerde wettelijk kader, dat bestaat uit bi-, tri- en multilaterale verdragen, voor grensoverschrijdende politieke samenwerking aan te pakken. In april tot en met juni vorig jaar vond een publieke consultatie plaats over de huidige problemen en de toekomst van grensoverschrijdende politieke samenwerking.¹⁴² De Commissie presenteerde daarin vier mogelijke opties voor een EU-code voor politieke samenwerking: (1) geen wijzigingen ten opzichte van het huidige wettelijke kader, (2) stroomlijnen en doorontwikkelen van de verschillende EU-regelgeving en richtlijnen inzake politieke samenwerking in één EU-instrument, (3) naast de maatregelen onder 2, worden een aantal van de meest geavanceerde vormen van politieke samenwerking in bilaterale verdragen omgezet naar EU-recht, inclusief een lijst van opsporingsmiddelen voor een doeltreffende bestrijding van zware en georganiseerde misdaad, en (4) naast de maatregelen onder 2 en 3, wordt tevens de relatie met douanesamenwerking onderzocht.¹⁴³

Op 8 december 2021 presenteerde de Commissie vervolgens drie voorstellen om de politieke samenwerking binnen de EU te versterken (vooralsnog alleen in het Engels beschikbaar), namelijk:

- voorstel voor een aanbeveling van de Raad inzake operationele politieke samenwerking;¹⁴⁴
- voorstel voor een verordening inzake geautomatiseerde gegevensuitwisseling voor politieke samenwerking ('Prüm II');¹⁴⁵
- voorstel voor een richtlijn inzake informatie-uitwisseling tussen handhavende autoriteiten van lidstaten.¹⁴⁶

Het voorstel voor een aanbeveling van de Raad inzake operationele politieke samenwerking zet een aantal aanbevelingen uiteen die gericht zijn op het verduidelijken en uniformeren van de regels in het kader van de grensoverschrijdende handhaving, gegevensuitwisseling

141 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, 'Een strategie voor een volledig functionerend en veerkrachtig Schengen-gebied', COM (2021) 277 final. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's betreffende de EU-strategie voor de veiligheidsunie, COM (2020) 605 final.

142 EU Police Cooperation Code: Consolidating legal framework for law enforcement cooperation, december 2021, te raadplegen via www.europarl.europa.eu (laatst geraadpleegd 27 december 2021).

143 Europese Commissie, Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2020)5077685.

144 Proposal for a Council Recommendation on operational police cooperation, COM (2021) 780 final.

145 Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on automated data exchange for police cooperation ('Prüm II'), COM (2021) 784 final.

146 Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on information exchange between law enforcement authorities of Member States, repealing Council Framework Decision 2006/960/JHA, COM (2021) 782 final.

ling en informatie-uitwisseling, het tegengaan van illegale vreemdelingen, migrantensmokkel, mensenhandel en het identificeren van slachtoffers van mensenhandel, het opzetten van een coördinatieplatform ter ondersteuning van gemeenschappelijke operaties en surveillance en het uitbreiden van de opleidings- en uitwisselingsprogramma's.¹⁴⁷

Het voorstel voor een verordening inzake geautomatiseerde gegevensuitwisseling voor politieke samenwerking ('Prüm II') beoogt gegevensuitwisseling tussen handhavende autoriteiten van lidstaten te verbeteren, te stroomlijnen en te vergemakkelijken met het oog op het voorkomen, opsporen en onderzoeken van strafbare feiten en terroristische misdrijven. Het voorstel voorziet in een aantal verschillende regelingen voor gegevensuitwisseling, zoals de uitwisseling van DNA-profielen, vingerafdrukken, voertuigregistratie, gezichtsoptnames en politiegegevens,¹⁴⁸ alsmede in de technische ondersteuning voor gegevensuitwisseling,¹⁴⁹ ondersteuning door Europol¹⁵⁰ en databescherming.¹⁵¹

Tot slot beoogt het voorstel voor een richtlijn inzake informatie-uitwisseling tussen handhavende autoriteiten van lidstaten de organisatorische en procedurele aspecten van informatie-uitwisseling tussen rechtshandhavinginstanties in de EU te reguleren, zodat kan worden bijgedragen aan effectieve en efficiënte uitwisseling van informatie, mede met het oog op het Schengengebied. Daartoe wordt het voorstel gedaan om informatie-uitwisseling te laten plaatsvinden via zogenoemde 'single points of contact', die onder andere de informatie-uitwisseling coördineren.¹⁵²

- *Voorstel tot een richtlijn inzake milieubescherming door middel van het strafrecht*

In december 2021 presenteerde de Europese Commissie tevens een voorstel voor een richtlijn inzake milieubescherming door middel van het strafrecht.¹⁵³ Het doel van de voorgestelde richtlijn is om de effectiviteit van de opsporing en vervolging van milieucriminaliteit te verbeteren door de reikwijdte van de EU-richtlijn te actualiseren en vage termen in de definities van milieudelicten te verduidelijken of te vervangen, het invoeren van effectieve, afschrikwekkende en evenredige sancties en sanctieniveaus, het bevorderen van grensoverschrijdende opsporing en vervolging, het verbeteren van besluitvorming ter zake van milieucriminaliteit door bete-

re gegevensverzameling en -verspreiding, en het verbeteren van de operationele effectiviteit van nationale handhavingketens. De richtlijn is gestoeld op artikel 83 lid 2 VwEU en is aldus gebaseerd op de idee dat strafrechtelijke handhaving noodzakelijk is voor een doeltreffende uitvoering van beleid van de Unie op een gebied dat reeds is geharmoniseerd.

Naast de verschillende typen milieudelicten in artikel 3, bevat de richtlijn ook regels met betrekking tot de sancties voor natuurlijke personen en rechtspersonen. Zo bepaalt artikel 5 dat lidstaten zorg ervoor moeten dragen dat natuurlijke personen – afhankelijk van het type delict dat zij hebben gepleegd – moeten kunnen worden bestraft met een vrijheidsbenemende straf van maximaal vier jaar (lid 4), 6 jaar (lid 3) of tien jaar (lid 2). Tevens moet de mogelijkheid worden gecreëerd om een aantal aanvullende sancties op te leggen, zoals boetes, herstelsancties en het intrekken van vergunningen (lid 5). Aan rechtspersonen moet ingevolge artikel 7 een boete kunnen worden opgelegd van drie procent (lid 4) of vijf procent (lid 5) van de jaaromzet afhankelijk van het type delict. Ook aan hen moeten aanvullende sancties, zoals herstelsancties en rechterlijk toezicht kunnen worden opgelegd (lid 2). Tot slot introduceert de richtlijn bepalingen over jurisdictie en justitiële samenwerking (artikelen 12 en 19), klokkenluiders (artikel 13) en deelname van publieke belangenbehartigers aan de procedure, bijvoorbeeld door middel van voeging (artikel 14).

- *EOM: stand van zaken*

In september 2021 berichtten de Commissie en het EOM de Raad over de voortgang van het EOM en zijn activiteiten, sinds de oprichting in september 2020.¹⁵⁴ Sinds 1 juni 2021 is het EOM ook op nationaal niveau operationeel. Inmiddels zijn op decentraal niveau 91 gedelegeerde officieren van justitie werkzaam in de verschillende lidstaten.¹⁵⁵ In Nederland zijn de gedelegeerde officieren rechtelijke ambtenaren, die werkzaam zijn bij het functioneel parket. Zij worden bij hun werkzaamheden tevens ondersteund door het functioneel parket.¹⁵⁶ Sinds zijn oprichting heeft het EOM 1.600 rapportages verwerkt en bijna 300 strafrechtelijke onderzoeken geopend naar fraude met EU-gelden ter waarde van ongeveer vier miljard euro.¹⁵⁷ Hoewel de oprichting succesvol lijkt te zijn verlopen, signaleert de Commissie zes aan-

147 Proposal for a Council Recommendation on operational police cooperation, COM (2021) 780 final.

148 Hoofdstuk 2 en 4, COM (2021) 784 final.

149 Hoofdstuk 3, COM (2021) 784 final.

150 Hoofdstuk 5, COM (2021) 784 final.

151 Hoofdstuk 6, COM (2021) 784 final.

152 Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on information exchange between law enforcement authorities of Member States, repealing Council Framework Decision 2006/960/JHA, COM (2021) 782 final.

153 Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC, COM (2021) 851 final (alleen in het Engels beschikbaar).

154 Non-paper from the Commission services and the European Public Prosecutor's Office (EPPO) on the state of play of the EPPO's setting up and activities, 9 september 2021, Limite 11692/21. Zie over de oprichting H.J.B. Sackers (red.), J. Boonstra, S.S. Buisman e.a., 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Tweede helft 2020', *TBS&H* 2021, p. 81.

155 Europese Commissie, 'Bescherming EU-begroting: Europees Openbaar Ministerie operationeel op 1 juni', via <https://ec.europa.eu> (laatst geraadpleegd op 28 december 2021). Non-paper from the Commission services and the European Public Prosecutor's Office (EPPO) on the state of play of the EPPO's setting up and activities, 9 september 2021, Limite 11692/21, p. 2.

156 Artikel 144c en 144d Wet RO.

157 Non-paper from the Commission services and the European Public Prosecutor's Office (EPPO) on the state of play of the EPPO's setting up and activities, 9 september 2021, Limite 11692/21, p. 1.

dachtspunten die van groot belang zijn voor het effectief functioneren van het EOM, te weten: (1) de bevoegdheid van het EOM om alle zaken aan te brengen bij elke nationale rechter, waaronder ook de hoogste rechterlijke instantie, (2) rapportageverplichtingen van de nationale autoriteiten, (3) de verplichting van lidstaten om gedelegeerde officieren van justitie dezelfde bevoegdheden toe te kennen voor onderzoek ex. artikel 28 lid 4 Verordening 2017/1939/EU, (4) het aanwijzen van een bevoegde autoriteit om conflicten inzake bevoegdheidsverdeling tussen het EOM en de nationale autoriteiten aan voor te leggen, (5) de bevoegdheid van het EOM om de beklagde rechtstreeks voor de strafrechter te brengen, en (6) het EOM als *dominus litis* van het opsporingsonderzoek binnen de reikwijdte van de EOM-verordening.¹⁵⁸

Over de werking van het EOM in Nederland verschenen recentelijk verschillende publicaties.¹⁵⁹

- *Ontwikkeling van een Europees anti-witwas- en terrorismefinanciering 'rulebook'*

In de kroniekrubrieken over 2020 werd al aangekondigd dat op EU-niveau wordt gewerkt aan een nieuw *rulebook* op het gebied van witwassen en terrorismefinanciering.¹⁶⁰ Op 20 juli 2021 heeft de Europese Commissie hier een pakket aan voorstellen voor gepresenteerd.¹⁶¹ Het betreft een vergaand en breed scala aan voorgestelde initiatieven, dat vier wetgevingsvoorstellen omvat. Daarin wordt voorgesteld (1) een zesde anti-witwasrichtlijn in het leven te roepen, ter vervanging van de huidige richtlijnen. Hierin zullen bepalingen worden opgenomen over nationale toezichthouders en de FIU's van de verschillende lidstaten.¹⁶² Daarnaast wordt voorgesteld twee verordeningen in het leven te roepen: (2) een ter oprichting van een nieuwe Europese autoriteit op dit gebied (zie daarover deze kroniekrubriek over het eerste half jaar van 2021),¹⁶³ en (3) een die direct toepasbare regels moet gaan bevatten op het gebied van de preventie van witwassen en terrorismefinanciering (onder andere waar het gaat om *customer due diligence*

en de uiteindelijk belanghebbenden). Tot slot wordt voorgesteld (4) de verordening betreffende geldovermakingen om overdrachten van crypto-activa te traceren (2015/847/EU) te herzien.¹⁶⁴

Deze plannen zullen de antiwitwaswetgeving op Europees niveau en de handhaving daarvan in sterke mate beïnvloeden. Vergaand is met name dat op Europees niveau een handhavende institutie in het leven zal worden geroepen en dat een direct werkende verordening de regelgeving deels zal harmoniseren. In deze verordening zal (zo wordt voorgesteld) onder andere een Europees verbod in het leven worden geroepen op contante betalingen van € 10.000 en meer (met uitzondering van handelaren in edelmetalen en -stenen). Daar staat tegenover dat voor de meeste handelaren de verplichting om cliëntonderzoek te doen en meldingen te maken zal vervallen.¹⁶⁵ De EU-toezichthouder zal ondersteuning gaan bieden aan de nationale FIU's en daarnaast zelf direct toezicht houden op bijvoorbeeld risicovolle financiële entiteiten. Het moet de centrale autoriteit worden die de nationale toezichthouders coördineert om naleving van de EU-regels naar een hoger niveau te tillen. De EU trekt hier dus duidelijk de teugels aan. Doel van de Commissie is om deze toezichthouder in 2023 te doen oprichten, zodat zij in 2024 kan aanvangen met de werkzaamheden.

Op nationaal niveau hierover zijn de BNC-fiches over deze vier wetgevingsvoorstellen ondertussen gepubliceerd, waarin de Nederlandse regering overwegend positief is ten opzichte van deze plannen.¹⁶⁶ Nederland heeft op EU-niveau al meermaals opgeroepen tot een verdere harmonisatie op dit gebied en tot de oprichting van een Europese toezichthouder. Wel plaatst het kabinet enkele kanttekeningen bij het voorstel, onder andere waar wordt voorgesteld om de EU-autoriteit verantwoordelijk te maken voor het AML/CFT-toezichtstelsel voor zover dat ziet op niet-financiële instellingen. Deze sector zou een sterke nationale inbedding hebben en een heterogene groep instellingen betreffen. Het kabinet zal zich daarom inzetten om de verantwoordelijkheden van de Europese toezichthouder voor deze sector te beperken tot het coördineren en faciliteren van de samenwerking van nationale toezichthouders. Ook heeft het kabinet aangegeven oog te willen houden voor de lasten voor de meldingsplichtige instellingen, met name in de financiële sector.

158 Non-paper from the Commission services and the European Public Prosecutor's Office (EPPO) on the state of play of the EPPO's setting up and activities, 9 september 2021, Limite 11692/21, p. 1.

159 M.J. Borgers, 'Het Europees Openbaar Ministerie in de Nederlandse rechtsorde', *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht* 2021-5, p. 263-273 (open access); M.J.J.P. Luchtman, 'Het Europees Openbaar Ministerie in Nederland. Over zijn prioritaire bevoegdheid, verhouding tot het OM en de bestuursrechtelijke handhavingskolom', *DD* 2021/54; en M.J.J.P. Luchtman, 'Het Europees Openbaar Ministerie in Nederland. Over zijn ondeelbaarheid en verhouding tot de Nederlandse strafrechter', *DD* 2021/63.

160 *TBS&H* 2020-4, p. 214 en 2021-1, p. 82.

161 Beschikbaar op https://ec.europa.eu/info/publications/210720-anti-money-laundering-counteracting-financing-terrorism_en#regulation.

162 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the mechanisms to be put in place by the Member States for the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and repealing Directive (EU) 2015/849, COM/2021/423 final.

163 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the Authority for Anti-Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism and amending Regulations (EU) No 1093/2010, (EU) 1094/2010, (EU) 1095/2010 COM/2021/421 final.

164 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on information accompanying transfers of funds and certain crypto-assets (recast), COM/2021/422 final.

165 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, COM/2021/420 final.

166 Als bijlagen bij brief van de minister van Buitenlandse Zaken d.d. 24 september 2021, beschikbaar op www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2021/09/24/fiche-1-anti-witwasverordening-amlr-en-anti-witwasrichtlijn-amld6; www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/09/24/fiche-2-verordening-ter-oprichting-aml-autoriteit; www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2021/09/24/fiche-3-verordening-betreffende-bij-geldovermaking-te-voegen-informatie.

Jurisprudentie

- *Inbeslagname en confiscatie*

In de zaken C-845/19 en C-863/19¹⁶⁷ zijn twee Bulgaarse burgers (DR, respectievelijk TS) veroordeeld voor het bezit van zeer gevaarlijke verdovende middelen met het oogmerk deze te verspreiden zonder vergunning. Het Bulgaarse OM heeft na de veroordeling een verzoek ingediend tot confiscatie van de in hun woning in beslag genomen geldbedragen. Tijdens de confiscatieprocedure geven DR en TS aan dat de gelden eigendom zijn van familieleden. Deze familieleden konden zelf niet deelnemen aan de procedure en hadden tevens geen ander rechtsmiddel om te klagen over de confiscatie van de in beslag genomen geldbedragen. De rechter oordeelde vervolgens dat de geldbedragen niet konden worden geconfisqueerd, omdat het feit waarvoor DR en TS zijn veroordeeld niet ziet op verkrijging van economisch voordeel. Hoewel er getuigenverklaringen zijn dat DR en TS handelden in verdovende middelen, zijn ze daarvoor vervolgd noch veroordeeld, zodat de voorwaarden voor confiscatie van de geldbedragen niet zijn vervuld. Het OM ging in beroep en stelde dat de rechter had nagelaten de nationale bepalingen conform Richtlijn 2014/42/EU toe te passen.¹⁶⁸

De appelrechter besloot daarop vier prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie EU, namelijk of (1) de Richtlijn 2014/42/EU en het EU-Handvest van toepassing zijn in een zuiver nationale zaak, en zo ja, (2) wat moet worden verstaan onder het begrip economisch voordeel dat niet rechtstreeks uit een strafbaar feit is verkregen en of de in beslag genomen geldbedragen daar onder kunnen vallen, (3) of de Bulgaarse regeling waarin niet is voorzien in de confiscatie van economisch voordeel dat niet rechtstreeks uit een strafbaar feit is verkregen in strijd is met artikel 2 Richtlijn 2014/42/EU, en (4) of het confisqueren van een geldbedrag toebehorende aan een ander in strijd is met artikel 47 EU-Handvest, indien deze persoon geen gelegenheid heeft om aan de procedure deel te nemen of rechtstreeks toegang heeft tot een rechter.¹⁶⁹

Ten aanzien van de eerste vraag oordeelde het Hof dat het in het bezit hebben of het aankopen van drugs met het oog op de distributie en verkoop ervan binnen het materiële toepassingsbereik van Richtlijn 2014/42/EU valt. Het Hof vervolgt dat de richtlijn mede is gebaseerd op artikel 83 lid 1 VwEU, dat ziet op het stellen van minimumvoorschriften betreffende de strafbepaling en sancties in verband met vormen van bijzonder zware criminaliteit met een grensoverschrijdende dimensie die voortvloeit uit de aard of de gevolgen van deze straf-

bare feiten of de noodzaak om deze op gemeenschappelijke basis te bestrijden, waaronder ‘illegale drugshandel’ als een van de lijstfeiten is opgenomen. Aangenomen kan dus worden dat het bezit met het oog op de distributie kan worden aangemerkt als een vorm van bijzonder zware criminaliteit met een grensoverschrijdende dimensie. Op basis daarvan kan worden gesteld dat de Uniewetgever bevoegd is om minimumvoorschriften op te stellen die betrekking hebben op de bepaling van strafbare feiten en de sancties ten aanzien van de illegale drugshandel, ook wanneer sprake is van een zuiver nationale aangelegenheid.¹⁷⁰

Het Hof bespreekt vervolgens hoe het bestanddeel ‘economisch voordeel dat niet rechtstreeks uit een strafbaar feit is verkregen’ als bedoeld in artikel 2, onder 1 Richtlijn 2014/42/EU, moet worden geïnterpreteerd. Het Hof wijst erop dat onder Richtlijn 2014/42/EU de bredere term ‘opbrengst’ wordt gebruikt, waaronder ‘elk economisch voordeel dat al dan niet rechtstreeks uit een strafbaar feit is verkregen’ valt, en sprake kan zijn van ‘voorwerpen van enigerlei aard (...), met inbegrip van enige [latere] wederbelegging of omzetting van rechtstreekse opbrengsten en andere in geld waardeerbare voordelen’. Dit betekent dat voorwerpen zowel direct als indirect uit enig strafbaar feit voor confiscatie vatbaar zijn. Om voorwerpen te kunnen confisqueren moet voorts in gevolge artikel 5 lid 1 Richtlijn 2014/42/EU voldaan zijn aan drie cumulatieve voorwaarden. Allereerst moet de persoon aan wie het voorwerp toebehoort zijn veroordeeld wegens een strafbaar feit. Ten tweede moet het strafbare feit waarvoor de persoon is veroordeeld al dan niet rechtstreeks economisch voordeel kunnen opleveren. En, tot slot dient de rechter ervan overtuigd te zijn in het licht van de feiten en omstandigheden dat de betreffende voorwerpen voortkomen uit crimineel gedrag.¹⁷¹ Nu is gebleken dat sprake is van tenuitvoerlegging van Unierecht, moet aldus geconcludeerd worden dat het EU-Handvest van toepassing is op de onderhavige zaken. Dit betekent dat moet worden voorzien in een doeltreffende voorziening voor eenieder – zowel veroordeelden als derden die door het confiscatiebevel zijn getroffen – wiens rechten en vrijheden, zoals neergelegd in het EU-Handvest zijn geschonden. Het Hof komt daarom tot de slotconclusie dat het Bulgaarse recht in strijd is met artikel 47 EU-Handvest, nu niet in een dergelijke voorziening wordt voorzien voor andere personen dan de pleger van het strafbare feit.¹⁷²

- *UBO-register*

In de vorige versie van deze kroniekrubriek werd reeds geschreven over het kort geding dat door Privacy First was aangespannen en waarin werd gevorderd de wetgeving over het zogenoemde UBO-register (tijdelijk) bui-

167 HvJ EU 21 oktober 2021, C-845/19 en C-863-19, ECLI:EU:C:2021:864 (DR en TS).

168 HvJ EU 21 oktober 2021, C-845/19 en C-863-19, ECLI:EU:C:2021:864 (DR en TS), r.o. 16-23. Zie ook Expertise Centrum Europees Recht, C-845/19 en C-863/19 Okrajnna prokuratura-Varna e.a., via <https://exer.minbuza.nl> (laatst geraadpleegd 29 december 2021).

169 HvJ EU 21 oktober 2021, C-845/19 en C-863-19, ECLI:EU:C:2021:864 (DR en TS), r.o. 24.

170 HvJ EU 21 oktober 2021, C-845/19 en C-863-19, ECLI:EU:C:2021:864 (DR en TS), r.o. 25-34.

171 HvJ EU 21 oktober 2021, C-845/19 en C-863-19, ECLI:EU:C:2021:864 (DR en TS), r.o. 35-71.

172 HvJ EU 21 oktober 2021, C-845/19 en C-863-19, ECLI:EU:C:2021:864 (DR en TS), r.o. 72-85.

ten werking te stellen.¹⁷³ De rechtbank had die vordering afgewezen. De rechtbank had evenmin besloten prejudiciële vragen te stellen over de verenigbaarheid van de Europeesrechtelijke anti-witwasrichtlijnen met de (Europeesrechtelijk gewaarborgde) grondrechten.¹⁷⁴ In hoger beroep heeft het gerechtshof Den Haag dit oordeel bekrachtigd.¹⁷⁵ De Nederlandse UBO-wetgeving blijft daarom in werking. Althans, in ieder geval voorlopig in afwachting van beantwoording van de prejudiciële vragen die het Luxemburgse Tribunal d'arrondissement op 13 november 2020 over deze thematiek heeft gesteld aan het Hof van Justitie van de EU. De uitspraak in die zaak wordt medio 2022 verwacht.

- *Eenvoudig witwassen*

Een arrest van (de tweede kamer van) het Hof van Justitie EU van 2 september 2021 kan wel leiden tot een inperking van de nationale strafbaarstellingen van witwassen.¹⁷⁶ In deze zaak had de nationale rechter van Roemenië prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie EU over de verenigbaarheid van strafbaarstellingen van het witwassen van een voorwerp dat afkomstig is van een door de verdachte zelf begaan misdrijf met de vierde anti-witwasrichtlijn ((EU) 2015/849 van 20 mei 2015) en het *ne bis in idem*-beginsel. Het Hof toetst tevens aan de derde anti-witwasrichtlijn (2005/60/EG van 26 oktober 2005), aangezien die gold ten tijde van de gedragingen van verdachte LG.

Het Hof van Justitie oordeelde dat dergelijke strafbaarstellingen niet onverenigbaar zijn met de Europese wetgeving waarop zij zijn gebaseerd. Dat verbaast niet, nu artikel 3 lid 5 van Richtlijn 2018/1673 voorschrijft dat lidstaten de nodige maatregelen treffen om ervoor te zorgen dat sommige witwasgedragingen strafbaar worden gesteld indien zij worden gepleegd door personen die de criminele activiteit waaruit het voorwerp is verkregen, hebben gepleegd of hierbij waren betrokken. Deze verplichting geldt weliswaar niet ten aanzien van het witwassen dat bestaat uit het verwerven, bezitten of gebruiken van deze voorwerpen (lid 1 onder c van artikel 3 van Richtlijn 2018/1673), maar van een *verbod* op een dergelijke strafbaarstelling is hier duidelijk geen sprake (r.o. 43-72).

De toetsing door het Hof van Justitie aan het verbod van dubbele bestraffing zoals dat is neergelegd in artikel 50 van het EU-Handvest, leidt mogelijk wél tot een inperking van de nationale strafbaarstellingen (r.o. 73-86). Het Hof overweegt dat het in eerdere arresten heeft geoordeeld dat sprake is van 'hetzelfde strafbare feit' (de *idem*-voorwaarde), als 'de materiële feiten dezelfde zijn, in die zin dat er sprake is van een geheel van concrete omstandigheden die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn en die tot de onherroepelijke vrijspraak of ver-

oordeling van de betrokkene hebben geleid' (r.o. 78). Om te beoordelen of daarvan sprake is, moeten de nationale rechters bepalen 'of de materiële feiten in de twee procedures een geheel van feiten vormen die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn naar tijd en naar plaats en wat het voorwerp ervan betreft'. De nationaalrechtelijke kwalificatie van de feiten en het beschermde rechtsgoed zijn daarvoor irrelevant (r.o. 79-80).

Toegepast op de Roemeense strafbaarstellingen, dient de nationale rechter daarom te beoordelen of de materiële feiten die het basisdelict (in casu belastingfraude) vormen, niet identiek zijn aan die waarvoor de verdachten worden vervolgd op grond van de witwasbepaling. Van schending van het *ne bis in idem*-beginsel kan geen sprake zijn als 'wordt vastgesteld dat de feiten die aanleiding hebben gegeven tot de vervolging van LG wegens het witwassen van geld niet identiek zijn aan de feiten die het basisdelict van belastingfraude vormen', waaraan het Hof vervolgens toevoegt dat uit het dossier waarover het beschikt lijkt te volgen dat dit niet het geval is. Het ('eenvoudig', zelf) witwassen bestond namelijk uit het omzetten of overdragen van de desbetreffende voorwerpen.

Het oordeel van het Hof impliceert dat voor zover dit witwassen zou hebben bestaan uit het louter verkrijgen en/of voorhanden hebben van het (van eigen misdrijf afkomstige) voorwerp, van dergelijke strijd wel sprake zou kunnen zijn. Die gedragingen kunnen immers dezelfde 'materiële feiten' zijn als de feiten waaruit het voorwerp afkomstig is. Dit oordeel van het Hof kan gevolgen hebben voor de strafbaarstellingen van het zogenoemd 'eenvoudig' witwassen, voor zover het witwassen enkel bestaat uit het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit enig eigen misdrijf. Dit is in Nederland strafbaar gesteld in de artikelen 420bis.1 en 420quater.1 Sr. Voor zover het verkrijgen en voorhanden hebben feitelijk samenvallen met de gedragingen die het misdrijf opleveren waarvan het voorwerp afkomstig is, ontstaat immers een *ne bis in idem*-probleem. Het betreft hier niet de belangrijkste strafbaarstellingen van witwassen, maar bepalingen die als 'restbepaling' in het leven zijn geroepen. Met dit arrest van het Hof van Justitie lijkt, voor zover het gaat om het verkrijgen en voorhanden hebben van een voorwerp dat afkomstig is van een door de verdachte zelf begaan misdrijf, een terugkeer naar de eerder door de Hoge Raad geïntroduceerde kwalificatie-uitsluitingsgronden aangewezen.¹⁷⁷

173 H.J.B. Sackers (red.), 'Kroniek ondernemingsstrafrecht. Eerste helft 2021', *TBS&H* 2021, p. 306.

174 Rb. Den Haag 18 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2457.

175 Hof Den Haag 16 november 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2176.

176 HvJ EU 2 september 2021, C-790/19, ECLI:EU:C:2021:661 (LG & MH).

177 Zie hierover, met nadere verwijzingen: O.S. Pluimer & W.S. de Zanger, 'Witwassen', in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman, M.J.J.P. Luchtmann & W.S. de Zanger (red.), *Bijzonder strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 153-162.

Varia

Verzorgd door mr. dr. J.S. Nan

Een gewoonte maken

In het afgelopen half jaar verduidelijkt de Hoge Raad wat moet worden verstaan onder het maken van een gewoonte om bepaalde delicten te plegen. Dat is onder meer van belang bij witwassen (zie artikel 420ter Sr) en bepaalde economische misdrijven (zie artikel 6 lid 1 sub 2 en 3 WED).¹⁷⁸ Het betreft dan een strafverzwarende omstandigheid. Wat ook kan, is dat het maken van een gewoonte een bestanddeel is van een specifiek strafbaar feit, zoals flessentrekkerij (zie artikel 326a Sr). We weten uit de rechtspraak van de Hoge Raad al dat aan de term ‘gewoonte’ voldoende feitelijke betekenis toekomt, zodat dit in de tenlastelegging niet nader omschreven hoeft te worden.¹⁷⁹ Ook had de Hoge Raad, ten aanzien van gewoontewitwassen, al geoordeeld dat hiervan niet slechts sprake kan zijn indien de verdachte door actief handelen een gewoonte maakt van witwassen.¹⁸⁰ En, in de eerste helft van het afgelopen jaar werd duidelijk dat voor het maken van een gewoonte van witwassen niet vereist is dat de verdachte de neiging had om zich telkens weer schuldig te maken aan witwassen.¹⁸¹ Een aanknopingspunt voor die – door de Hoge Raad dus afgewezen – eis is te vinden in al wat ouder commentaar.¹⁸² Recent heeft de Hoge Raad aangaande het een gewoonte maken van het plegen van bepaalde delicten, in twee zaken het volgende inhoudelijke beoordelingskader geschapen.¹⁸³ Of een meervoud van gedragingen van een verdachte kan worden gekwalificeerd als het maken van een gewoonte hangt, zoals zo vaak, af van de concrete omstandigheden van het geval. Volgens de Hoge Raad kan bij de beoordeling onder meer betekenis toekomen aan de aard van de gedragingen en de omstandigheden waaronder deze zijn verricht, alsmede aan het aantal gedragingen en het tijdbestek waarbinnen deze zich hebben afgespeeld. Het maken van een gewoonte van het bepaalde misdrijf moet, procesrechtelijk, ten laste worden gelegd en bewezen worden verklaard om tot een verhoogd strafmaximum te kunnen komen. Als het strafverzwarende bestanddeel bewezen wordt verklaard, zal dat uit de bewijsvoering moeten kunnen worden afgeleid.

In de ene zaak had de verdachte het bedrijf van betaaldienstverlener uitgeoefend zonder vergunning van De Nederlandsche Bank en daarvan een gewoonte gemaakt (zie artikel 2:3a Wft juncto artikel 6 lid 1 sub 2 en 3 WED). Om überhaupt van een betaaldienstverlener te kunnen spreken is vereist dat de betreffende betaaldien-

sten niet slechts incidenteel worden verleend.¹⁸⁴ De verdachte had betaaldiensten verricht voor buitenlandse bedrijven die vanaf een bepaalde plaats geen banktransacties naar Nederland konden verrichten. De dienstverlening bestond uit het volgende. In net iets meer dan een jaar was via 162 stortingen in totaal € 895.000 gestort en overgemaakt. Ook was in een tijdsbestek van drie dagen via diverse transacties een bedrag van € 39.500 verwerkt. Aldus had de verdachte volgens het hof (en met zegen van de Hoge Raad) niet alleen het bedrijf van betaaldienstverlener uitgeoefend, maar hiervan ook een gewoonte gemaakt. Met name door het aantal transacties en dus gedragingen wekt dit oordeel geen verbazing.

In de andere zaak ging het echter om veel minder handelingen. Het betrof het medeplegen van het maken van een gewoonte van witwassen met betrekking tot drie panden, in een periode van ongeveer veertien maanden. De verdachte had daarbij verhuld wie de rechthebbende op die panden was en/of die panden verworven en voorhanden gehad. Het eerste pand was indirect contant door de verdachte betaald met geld dat wel uit enig misdrijf afkomstig moest zijn, maar het pand werd geleverd aan zijn zus. Via een hypothecaire financiering door een bank, die mede betrekking had op het eerste pand, kwam het tweede pand en vervolgens ook het derde in het bezit van broer en zus. Daarbij werden de panden aan de zus geleverd, maar was broerlief nadrukkelijk betrokken. Onder deze omstandigheden kon de Hoge Raad billijken dat het hof had geoordeeld dat de verdachte van witwassen een gewoonte had gemaakt. Het aantal van drie witgewassen voorwerpen in een periode van dik een jaar is wel wat mager om van een gewoonte te kunnen spreken. Aan de andere kant zijn er diverse gedragingen rondom die drie strafbare witwashandelingen te signaleren en kan van enige routine in het plegen van witwassenhandelingen zeker blijken in deze zaak.

De vraag die resteert is of het maken van een gewoonte ook kan bestaan uit het ‘slechts’ begaan van twee (strafbare) gedragingen. Onder omstandigheden zal dat, in dachtig het laatst besproken arrest, vast ook tot de mogelijkheden behoren.¹⁸⁵

178 Zie uitgebreider F.C.W. de Graaf, *Meervoudige aansprakelijkheid* (diss. VU), 2018, p. 122-128.

179 HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1770.

180 HR 5 april 2011, NJ 2011/171.

181 HR 18 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:734.

182 Zie aant. 7 bij artikel 250, in verbinding met aant. 1 bij artikel 420ter NLR.

183 HR 23 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1701, en HR 23 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1702.

184 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1906.

185 Zie over dit onderwerp ook de bij beide uitspraken behorende conclusies van A-G Hofstee, ECLI:NL:PHR:2021:843 en 922, met verwijzing naar eerdere conclusies van de A-G's Bleichrodt en Aben.